

Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano



Dirección y coordinación

María del Carmen López-Rendo Rodríguez

VOLUMEN II



Universidad de Oviedo
Boletín Oficial del Estado

2020

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO
E IBEROAMERICANO

**FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL
DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO**

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

VOLUMEN II

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Primera edición: marzo de 2020
En cubierta: Julio César legislador, Parlamento de Viena



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Universidad de Oviedo por los trabajos incluidos en la obra
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad de Oviedo para esta edición

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE, en línea PDF: 090-20-054-6
NIPO BOE, en línea ePUB: 090-20-055-1
ISBN Universidad de Oviedo: obra completa, 978-84-17445-76-8
ISBN Universidad de Oviedo: volumen I, 978-84-17445-77-5
ISBN Universidad de Oviedo: volumen II, 978-84-17445-78-2
Depósito Legal: AS-601-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo-Campus de Humanidades,
Edificio de Servicios, 33011, Oviedo (servipub@uniovi.es)

ÍNDICE

VOLUMEN I

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	17
Le interferenze nell'avveramento della condizione fra tradizione romanistica e globalizzazione giuridica. <i>Giovanni Luchetti</i>	25
I. OBLIGACIONES Y CONTRATOS	
Daños punitivos en la tradición continental. <i>Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades</i> ...	49
Sobre la recepción de la <i>Lex anastasiana</i> en ordenamientos y jurisprudencia contemporánea. <i>Pablo Fernández Belzunegui</i>	71
A doação no <i>ius romanum</i> e no <i>ius commune</i> . Breve referênci a alguns direitos europeus e ao direito brasileiro. <i>Antonio Dos Santos Justo</i>	87
Los principios y reglas de la compraventa romana en el Derecho europeo. Hacia un nuevo contenido del contrato de compraventa del siglo XXI: <i>caveat emptor</i> . <i>Amparo Montañana Casaní</i>	121
Algunas excepciones a los efectos irrevocables de la confusión como modo de extinción de las obligaciones: derecho romano y proyección romanística. <i>Alfonso Murillo Villar</i>	131
En torno a la « <i>reasonable person</i> » como modelo de conducta para la armonización del Derecho europeo. <i>Eva María Polo Arévalo</i>	163
La <i>actio de positis vel suspensis</i> y la aparición de los modernos delitos de peligro. <i>Luis Rodríguez Ennes</i>	181

	Páginas
Principios axiológicos en la contratación <i>inter absentes</i> en la UE. <i>José Ruiz Espinosa</i>	203
La recepción del principio de la buena fe contractual en el Derecho inglés. A propósito de Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot V. Ioannis Kent (2018). <i>Carlos M.ª Sánchez-Moreno Ellart</i>	223
<i>Pretium affectionis</i> o daños morales en la <i>aestimatio damni ex lege Aquilia</i> . <i>Armando Torrent Ruiz</i>	249
La protección del consumidor de Roma a la Unión Europea. <i>Tammo Wallinga</i>	267
Dación en pago necesaria y protección del deudor: bases romanísticas y directiva 2014/17/UE. <i>José Luis Zamora Manzano</i>	279
II. DERECHOS REALES	
Aspectos romanísticos na disciplina dos bens públicos no direito civil brasileiro. <i>Myriam Benarrós, Jader Almeida Guerreiro, Raquely Portela Malveira</i>	309
El mar y los puertos entre las <i>res communes omnium</i> y las <i>res publicae</i> : la opinión de Rodrigo Suárez. <i>Francisco Cuenca Boy</i>	329
Anotaciones a la <i>regula iuris</i> « <i>prior tempore potior iure</i> »: de Roma a la jurisprudencia europea. <i>Beatriz García Fueyo</i>	349
La comunidad de bienes en el derecho romano y en el derecho español. El ejercicio de la <i>actio communi dividundo</i> en los procesos matrimoniales. <i>Raquel Pérez Díaz</i>	391
Propiedad y modo. <i>Carlos Varela Gil</i>	425
<i>Usus et habitatio</i> : as raízes romanas do regime dos direitos reais de uso e de habitação consagrado nos códigos civis espanhol e português. <i>Antonio Alberto Vieira Cura</i>	449
III. PERSONA Y FAMILIA	
Fundamentos romanísticos de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. <i>Mirta Beatriz Álvarez, Gabriela Victoria Morel</i>	517
Evolución del <i>divortium sine causa</i> romano al divorcio incausado mexicano. <i>Olivia Castro Mascareño, Ana Edith Canales Murillo</i>	533

Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho Romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno. <i>María del Carmen Colmenar Mallén</i>	549
Breves consideraciones de la obligación de dar alimentos de los padres a los hijos en el Derecho romano y en nuestro Derecho español vigente. <i>María de los Ángeles Pérez Díaz</i>	587
El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante Notario. <i>Emma Rodríguez Díaz</i>	613
<i>Interpretatio prudentium</i> y <i>ius controversum</i> : A propósito de la regulación de la adopción y la autotutela en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. <i>Ramón P. Rodríguez Montero</i>	647

VOLUMEN II

IV. SUCESIONES

Consideraciones sobre la <i>professio iuris</i> en la regulación europea de sucesiones. <i>Belén Fernández Vizcaíno</i>	27
Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones: fundamentos romanísticos. <i>Carmen López-Rendo Rodríguez y María José Azaustre Fernández</i>	49
O Estado como herdeiro legítimo: velhas soluções para novos problemas (ou mais um exemplo da inevitabilidade do Direito Romano). <i>David Magalhães</i>	113
Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile. <i>Elena Pezzato</i>	131
Derecho Romano, Derecho Europeo y certificado sucesorio europeo. <i>Luis Mariano Robles Velasco</i>	141
Deserdação e indignidade para suceder no direito romano: uma comparação com o direito brasileiro. <i>Maria Vital da Rocha y Ana Luiza Ferreira Gomes Silva</i>	155

V. PROCESO

La influencia de la <i>inquisitio</i> y la <i>accusatio</i> romanas en los procesos penales de los Estados Iberoamericanos: El ejercicio de la acción penal. <i>Laura Álvarez Suárez</i>	183
--	-----

	Páginas
A propósito de la Ley 5/2018, de modificación de la ley de enjuiciamiento civil española y de los orígenes romano-canónicos de la «tutela sumaria de la posesión». <i>Francisco Javier Casinos Mora</i>	203
La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano. <i>María Olga Gil García</i>	223
El testimonio único en el Derecho romano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. <i>Ana Isabel Clemente Fernández</i>	251
La huella del <i>ius commune</i> en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil. <i>Juan Ramón Robles Reyes</i>	273
El juicio póstumo a Lope de Aguirre por <i>crimen laesae maiestatis</i> . <i>José Ángel Tamayo Errazquin</i>	297
Los foros de competencia en la <i>actio pauliana</i> del <i>ius commune europaeum</i> . <i>Aránzazu Calzada González y Victoriano Saiz López</i>	325

VI. DERECHO PÚBLICO

Un apunte sobre la evolución del concepto de piratería en el ámbito europeo. <i>Edorta Córcoles Olaitz</i>	357
Capacidade Contributiva: lições do Direito Romano para a Fiscalidade Contemporânea. <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	367
Reflexiones sobre el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero en los Códigos Civiles de América del Sur. <i>Elvira Méndez Chang</i>	379
Representatividade Política na Antiguidade Clássica: implicações Contemporâneas. <i>Raquel Cavalcanti Ramos Machado</i>	401
<i>Constitutio Antoniana</i> and the citizenship of the European Union. Considerations between policy and legal stability. <i>Bronisław Sitek</i>	411
Reflexiones sobre el mandato imperativo: experiencia romana y constitucionalismo moderno. <i>Andrea Trisciuglio</i>	425

VII. TRADICIÓN ROMANÍSTICA

El Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés (c. 1587-1633), Catedrático de Instituta de la Universidad de Oviedo y Oidor de la Audiencia de Panamá. <i>Manuel de Abol-Brasón y Álvarez-Tamargo</i> ...	439
---	-----

La influencia romanista en la incorporación de las reglas y principios jurídicos en los antecedentes y legislación actual de la República Argentina. <i>Marisa T. Domínguez</i>	499
Sobre los juristas romanos como escritores. A propósito de la obra de Dario Mantovani, <i>Les juristes écrivains de la Rome antique, Los juristas romanos como escritores de literatura jurídica</i> . <i>Julio García Camiñas</i> ..	519
La comparación jurídica y su relación con otras disciplinas como metodología de armonización y unificación del derecho privado europeo y su conexión con el Derecho Romano. <i>Ramón Herrera Bravo</i>	539
Method of Reception of Roman Law when Elaborating Latvia's Civil Law of 1937 and EU Law. <i>Arta Jansone</i>	569
Derecho consuetudinario del Perú, frente al Derecho Romano. <i>Carmen Meza Ingar</i>	587
Llegada y pervivencia del Derecho Romano a la República Argentina. <i>Mari-lina Andrea Miceli, Leticia Inés Núñez</i>	595
Reminiscencias del Derecho Romano en el Derecho Mexicano: Código Civil. <i>Grecia Sofía Munive García</i>	607
El primer Wenceslao Roces: Derecho, idealismo y rebeldía (1922-1931). <i>Benjamín Rivaya</i>	621
Pour un <i>mos majorum</i> européen. <i>Philippe Ropenga</i>	641
Raíces romanas del Derecho mercantil español y europeo. <i>Amparo Salom Lucas</i>	661
Quão romanísticos são os fundamentos romanísticos dos direitos privados europeus e ibero-americanos? Reflexões a propósito da tripartição gaiana adoptada por Pascoal de Mello Freire. <i>Jorge Silva Santos</i>	677
Pessoa e Sociedade: A Delação Premiada Fiscal do Direito Romano na Atualidade. <i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i>	703

XXV ANIVERSARIO DE LA ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO ROMANO

Fue en la primavera de 1994, reunidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, cuando un destacado grupo de romanistas españoles e iberoamericanos decidieron crear la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), preocupados por la supervivencia de la materia del Derecho romano y coincidiendo con un momento en el que se discutía acerca del lugar que debía ocupar su contenido en la formación del jurista. Este proyecto tenía un doble objetivo: por un lado, reunirse anualmente romanistas españoles e iberoamericanos, indistintamente en la península ibérica o en el continente americano, para intercambiar información relevante acerca de la evolución de la materia y, por otro, el estudio y difusión del Derecho romano, tanto en su sentido estricto como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana.

La AIDROM fue constituida por tiempo indefinido, mediante la correspondiente acta fundacional de la Asociación otorgada en Oviedo, el 22 de abril de 1994, e inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, el 5 de julio del mismo año, número de registro 134.360. Han pasado veinticinco años de aquella inicial reunión de entusiastas profesores romanistas y de su constitución formal, habiéndose convertido en una Asociación consolidada, asentada y llena de retos para el futuro. Para conmemorar el 25.º aniversario de su creación se ha regresado a la Facultad de Derecho de Oviedo, cuna de su nacimiento, en donde han tenido lugar diferentes eventos en recuerdo de tal efeméride. En la actualidad, la AIDROM continúa desarrollando su actividad con gran vitalidad, cuenta con más de 250 asociados, y con la incorporación constante de nuevos romanistas, tanto europeos como iberoamericanos.

Desde sus inicios, año tras año, la AIDROM ha venido celebrando un congreso internacional en los que se han abordado materias de interés común, y en los que el conjunto de sus estudiosos han concentrado sus sinergias para realizar investigaciones serias y rigurosas que fortalecieran su conocimiento y facilitaran su divulgación. Las materias abordadas en las distintas convocatorias han sido: *La recepción del Derecho romano*, (Granada, 1995); *La recepción del derecho de obligaciones*, (Murcia, 1996); *La recepción del derecho romano, especialmente referida a España y a los países iberoamericanos, en materia de derecho de personas y proceso*, (León, 1997); *El derecho romano de sucesiones y su recepción en Iberoamérica* (Ourense, 1998); *Los Derechos reales*, (Buenos Aires, 1999); *La prueba y los medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, (Madrid, 2000); *La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, (Burgos, 2001); *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual*, (Fortaleza, 2002); *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, (Huelva, 2003); *El Derecho penal: de Roma al derecho actual*, (Alicante, 2004); *O direito das sucessões: do Direito Romano ao direito actual*, (Coimbra, 2005); *El Derecho Comercial: de Roma al Derecho Moderno*, (Las Palmas de Gran Canaria, 2006); *Investigación y docencia en Derecho romano*, (Toledo, 2008); *O sistema contratual romano: De Roma ao Direito actual*, (Lisboa, 2009); *El derecho de obligaciones: De Roma al Derecho moderno*, (Buenos Aires, 2010); *O Direito de Família, de Roma à atualidade*, (Belém do Pará, 2011); *Fundamenta Ivris. Terminología, Principios e Interpretatio: De Roma a la Actualidad*, (Almería, 2012); *Poder e Direito*, (Lisboa – Évora, 2013); *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, (Murcia – Cartagena, 2014); *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea*, (Bolonia-Rávena, 2015); *As Relações Comerciais: A Contribuição de Roma à Globalização Contemporânea*, (Belém do Pará, 2016); *Fundamentos del Derecho Sucesorio Actual*, (Barcelona, 2017); *A locatio-conductio influência nos direitos atuais*, (Oporto, 2018); y *Fundamentos romanísticos del derecho de la Unión Europea y de los Países Iberoamericanos*, (Oviedo, 2019).

Sin embargo, quien realmente hace grande a la AIDROM son sus asociados; han sido muchos los romanistas que han estado vinculados a la Asociación, pero que, lamentablemente, nos han abandonado por causas naturales; para todos ellos un emocionado recuerdo y un sincero agradecimiento (q.e.p.d.). También, con sincera gratitud, el reconocimiento cordial a quienes han dedicado su tiempo y su esfuerzo para que la Asociación alcanzase su mayor visibilidad tanto nacional como internacional, a los Profesores Justo García Sánchez y Armando Torrent Ruiz, Presidentes de Honor de la AIDROM,

sin olvidar el trabajo constante y la absoluta dedicación de la Profesora Carmen López-Rendo Rodríguez, que desde el primer día ha ejercido sin tacha alguna como Secretaria y Tesorera. A todos ellos, nuestro cordial agradecimiento.

Como consecuencia del impulso de todos sus asociados, la AIDROM ha conseguido en sus 25 años de vida ser una institución perfectamente integrada en el entorno académico universitario, aceptada como uno de los motores fundamentales de la investigación y el estudio del Derecho romano, consolidada como referente romanístico y reconocida como espacio abierto para el intercambio de ideas, experiencias, proyectos e inquietudes, sin soslayar que ha llegado a convertirse en uno de los principales agentes de internacionalización de la ciencia romanística. En definitiva, la AIDROM ha logrado convertirse, pese a las dificultades iniciales, en un elemento configurador de la esencia del Derecho romano. Para concluir, sólo nos queda desear que en los próximos 25 años la relación entre el Derecho romano y la AIDROM sean tan fructíferos como los que se han conmemorado en Oviedo.

ALFONSO MURILLO VILLAR

*Presidente AIDROM
Catedrático de Derecho Romano*

PRESENTACIÓN

El presente libro tiene como propósito ofrecer un reconocimiento a la labor científica y académica de Don Justo García Sánchez (Ciudad Rodrigo, Salamanca, Diciembre 1946), Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, excelente profesor universitario, hombre erudito, culto, que ha formado a más de 40 promociones de licenciados y graduados en derecho, e incansable e infatigable investigador, lo que le ha convertido en un gran referente internacional en la disciplina. Su capacidad de esfuerzo y trabajo han sido insuperables, con jornadas laborales que abarcaban todos los días de la semana, incluidos sábados, domingos, fiestas de guardar y vacaciones. Sus estancias y visitas a bibliotecas, archivos nacionales e internacionales han sido innumerables, reflejándose todas ellas en sus investigaciones científicas.

Su faceta como profesor ha sido brillantísima, preocupado siempre por sus discípulos y por la docencia universitaria. Todos sus alumnos –entre los que me encuentro– se acuerdan de su primer profesor de la carrera de Derecho, que dominaba el latín como el castellano y recitaba la ley de las XII Tablas como cualquier ciudadano romano, y cuya bondad, dedicación, capacidad de trabajo y forma de enseñar han hecho que le recuerden como un hombre bueno y un gran ejemplo a seguir.

En un momento de amplia discusión acerca del lugar que ocupaba la materia del Derecho Romano y su recepción en Europa dentro de los Planes de estudio de la licenciatura de Derecho, en la primavera del año 1994, el profesor García Sánchez tuvo la gran idea, junto con el profesor Don Gerardo Turiel de Castro (†), de poner en marcha un proyecto desde Oviedo, que perseguía un doble objetivo: 1) servir para una reunión anual de los romanistas iberoamericanos con convocatorias indistintas en la Península y en el continente

Americano, 2) reunir diferentes estudios que enriquecieran los conocimientos relativos a la recepción del Derecho Romano.

Fruto de este proyecto fue la constitución en Oviedo el día 22 de abril de 1994 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, cuyos fines son: a) El estudio y difusión del Derecho Romano, tanto en su sentido estricto, como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana. b) La realización de todas las actividades conducentes al cumplimiento de dicho fin. c) El mantenimiento de relaciones científicas a través de congresos, seminarios, cursos y publicaciones. d) Cualquier otro tendente al cumplimiento de los fines de la asociación, y una particular colaboración con entidades jurídicas de España e Iberoamérica.

Durante más de 15 años, Don Justo García Sánchez vino siendo el presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, sucedido en el cargo por otro excelente romanista de gran reconocimiento internacional y Catedrático de Derecho Romano, que le precedió en la cátedra de la Universidad de Oviedo, Don Armando Torrent Ruiz, ambos actualmente Presidentes de Honor de esta Asociación.

Intentaré reproducir en estas breves páginas, el inmenso *curriculum vitae* del homenajeado, que tiene su inicio con la Licenciatura en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, superando el examen de licenciatura el 6 de julio de 1973. Se doctoró en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid el 7 de diciembre de 1974. Se licenció y doctoró en Teología por la Universidad Pontificia de Salamanca el 7 de marzo de 1971 y el 26 de junio de 1991, respectivamente. Se licenció y doctoró en Derecho Canónico por la Universidad Pontificia de Salamanca el 6 de abril de 1992 y el 25 de febrero de 1999. Se diplomó en Derecho Agrario por la Asociación Española de Derecho Agrario el 27 de julio de 1974. Obtuvo la Diplomatura en Ciencias Medievales por la Pontificia Università Antonianum de Roma el 2 de marzo de 1993 y en Derecho Canónico Matrimonial por C. C. D y D S-Vaticano. Roma el 27 de febrero de 1990.

Su carrera universitaria y docente la desarrolló en la Universidad Autónoma de Madrid como Profesor Ayudante y Adjunto durante los cursos 1973 a 1976; en la Universidad de Extremadura y Salamanca como Profesor Agregado Numerario, y en la Universidad de Oviedo con la categoría de Catedrático de Universidad desde el año 1979 hasta septiembre del año 2019. Más de 46 años de dedicación docente e investigadora, habiendo obtenido el reconocimiento máximo de tramos docentes que concede el Ministerio de Educación y Ciencia y la Universidad de Oviedo.

Desempeñó su actividad investigadora en el Instituto di Diritto Romano de Genova-Italia, con el profesor Carlos Castello; en la Universidad Sapienza de Roma, con el profesor Giovanni Pugliese; en el Leopold Wenger Institut de la Universidad de Munich con el profesor Dieter Nörr; en la Universidad de la Sorbonne-Paris con el profesor Jean Gaudemet; en la Universidad de Coimbra, con el profesor Manuel Augusto Rodríguez, Director del Archivo, así como en la Biblioteca Nacional de París y la de Cujas, la Biblioteca de Arte y Arqueología de París, los archivos nacionales de París, el del Château de Vincennes, Hopitaux de Paris, la Biblioteca Mejanes de Provenza, el Archivo Secreto, la Biblioteca Apostólica Vaticana, la Biblioteca Nacional Alexandrina de Roma, la Biblioteca dell'Istituto di Diritto Romano Comparato de Roma, así como en el Seminario di Diritto Romano della Università della Sapienza, la Biblioteca de la Universidad Gregoriana, y otros archivos y bibliotecas españolas.

Es autor de más de 30 monografías, más de 140 artículos publicados en revistas de reconocido prestigio nacionales e internacionales, así como de otras publicaciones, recensiones, colaboraciones en diccionarios, etc. Su actividad investigadora fue reconocida con seis sexenios, el máximo de tramos concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Fue nombrado miembro del Consejo asesor de la Revista Española de Derecho Canónico desde 1999; de la Revista Jurídica de Asturias, desde 1987; de la Revista *Studium* Ovetense desde 2007, así como del Consejo de Dirección de la Revista General de Derecho Romano, Iustel desde 2004, y de la Revista RIDROM, desde su creación.

Su trayectoria profesional le ha merecido el nombramiento de Académico correspondiente de la Real Academia de la Historia de Madrid desde el año 1991, así como los de miembro numerario del Real Instituto de Estudios Asturianos desde el año 1996, Académico de Número de la Academia Asturiana de Jurisprudencia desde el año 1986, Miembro de Número del Centro de Estudios Mirobrigense de Ciudad Rodrigo desde 1991, Académico correspondiente de la *Lusitanae Academiae Historiae* de Lisboa desde el año 2007, Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid desde el año 2000, de la que era socio colaborador desde 1974; Miembro del *Centro de investigação Professor Doutor Joaquim Veríssimo Serrão* de Santarem, Portugal, y Director de la colección de investigaciones en ciencias sociales y jurídicas del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo desde el 21 de marzo de 2015.

Ha intervenido en más de 100 congresos nacionales e internacionales con ponencias y comunicaciones, e impartido docencia en seminarios y cursos de doctorado en diferentes universidades españolas y extranjeras.

Su capacidad de trabajo y su profunda dedicación a la Universidad le llevaron a asumir tareas de gestión universitaria, habiendo desempeñado el puesto de Director de Departamento de Derecho Romano desde 1979 a 1986, de Vicedecano de la Facultad de Derecho en el año 1980, de Decano de 1986 a 1989 y en los cursos 1992 a 1996, y de Director del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas durante el curso 1991-1992. Además fue Presidente de la Asociación de Catedráticos de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1988, de la Junta Electoral Central de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1989 y de 1992 a 1996 participando como miembro de la Junta de Gobierno de 1987 a 1989 y de 1993 a 1996 de la Mesa del Claustro en representación de Doctores en el año 1986, y del Claustro de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1996, de 2000 a 2004 y de 2008 a 2012.

A todo ello hay que añadir que, durante los años 1994 a 1997 compatibilizó su quehacer universitario con el nombramiento como Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Asturias.

Creo que con lo ya destacado se da una idea al lector de que nos encontramos ante un gran jurista, magnífico profesor, brillante investigador y trabajador infatigable. Pero, es más, su curriculum continúa.

Este año en el que Don Justo García Sánchez se jubila y cesa como profesor emérito de la Universidad de Oviedo, se cumple el XXV aniversario de la creación de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Es sin duda, el mejor momento para que un grupo de compañeros, como muestra de respeto, admiración, agradecimiento y estima hacia su persona, le brinde un pequeño reconocimiento a su labor científica y académica, con la elaboración de este libro que lleva por título: *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*.

En el presente libro se recogen los trabajos elaborados por un importante grupo de compañeros, amigos y discípulos, profesores de Historia del Derecho, de Filosofía del Derecho y especialistas en Derecho Romano de todo el mundo: España, Portugal, Holanda, Francia, Italia, Letonia, Polonia, Argentina, Brasil, México, Perú, etc., cuyas aportaciones, por la variedad y calidad de sus contenidos, serán de gran utilidad para toda la doctrina nacional e internacional. Los contenidos de los trabajos científicos versan sobre los fundamentos romanísticos de diversas materias que afectan al derecho de obligaciones y contratos, derechos reales, persona y familia, sucesiones, proceso, derecho público y tradición romanística.

Como colofón de esta presentación, deseo agradecer a todos los autores sus contribuciones científicas que han hecho posible que este libro sea una realidad, así como a la Universidad de Oviedo en la persona de su Rector Don

Santiago García Granda, a la Directora del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo Doña Ana Isabel González González, al Director de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Don Manuel Tuero Secades y todo su equipo, quienes han apoyado de forma incondicional tanto económicamente como con su paciencia y buen hacer, la edición de este libro homenaje.

Y, como no, mostrar igualmente mi agradecimiento al Profesor D. Pedro Resina Sola, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Almería, así como a la Profesora Doña María José Azaustre Fernández, Profesora Ayudante Doctor de la Universidad de Oviedo, por su ayuda inestimable y desinteresada en las correcciones y unificación de los trabajos aquí contenidos.

Gracias a todos.

CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Romano
Secretaria de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano*



Don Justo García Sánchez
Catedrático de Derecho Romano

IV
SUCESIONES

CONSIDERACIONES SOBRE LA *PROFESSIO IURIS* EN LA REGULACIÓN EUROPEA DE SUCESIONES

Considerations about the professio iuris in European inheritance regulation

BELÉN FERNÁNDEZ VIZCAÍNO
Universidad de Alicante

Resumen: El Reglamento (UE) n.º 650/2012 recoge como uno de sus criterios la *professio iuris* por el testador con fundamento en las *professiones legis* medievales, ya que del *ius commune* medieval se tomaron en las distintas codificaciones europeas sus conceptos fundamentales, sus principios y su metodología, sin cuya cobertura no hubiera sido posible establecer una elección de ley en una sucesión *mortis causa* supraestatal.

Palabras claves: *Ius commune, professio iuris, herencia, mortis causa, Unión Europea.*

Abstract: Regulation (EU) n.º 650/2012 collect as one of your criteria the *professio iuris* by the testator who, has its foundation in the *professiones legis*, since the medieval *ius commune* were taken in the different European codifications their fundamental concepts, their principles and its methodology, without whose coverage it would not have been possible to establish a choice of law in a succession mortiscausa supra-state.

Keywords: *Ius commune, professio iuris, inheritance, mortis causa, European Union.*

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Criterios unificadores de la sucesión *mortis causa* supranacional en la Unión Europea. II.1. El criterio preferente de la *professio iuris*. II.2. Antecedentes históricos de la *professio iuris*. III.–Proyección del *ius commune* en el reglamento 650/2012 de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado europeo¹, en vigor desde agosto de 2015, es la respuesta del derecho europeo a una necesidad social que nace de los cada vez más frecuentes movimientos geográficos supraestatales, sobre todo tras la creación de la ciudadanía de la Unión por el Tratado de Maastricht de 1992, cuya piedra angular la constituye el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea; esta normativa viene a ser completada con la puesta en marcha de una página web en la que es posible consultar, en las distintas lenguas de la UE, el Derecho interno e internacional de los Estados miembros con relación al Reglamento².

Si bien, a efectos de estudio se debe tomar en consideración que Dinamarca, Irlanda y Reino Unido no participan en el Reglamento 650/2012, como se recoge en los Considerados 82 y 83 del mismo³.

¹ Con relación a la aplicación *inter partes* o *erga omnes* del Reglamento, *vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *Revista Jurídica de Asturias*, 37, 2014, pp. 99 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 10-23; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 44 ss.; IGLESIAS BUIGUES, J.L.-PALAO MORENO G. (dir.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 155 ss.; CALVO CARAVACA A. L.-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Europeo, I*, Comares, Granada, 2018, pp. 53 ss.

² Según el artículo 1 del Reglamento 650/2012 quedan excluidas de su ámbito de aplicación cuestiones de Derecho público como los asuntos relacionados con impuestos sucesorios, aduanas o administrativos, así como otras materias de derecho sustantivo como el Derecho de persona, de familia, de sociedades, de bienes o de carácter registral, *vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *cit.*, p. 103; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 61 ss.; PALAO MORENO, G., «Cap. I Ámbito de aplicación y definiciones» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, pp. 31 ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 2017, pp. 237 ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado*, Alicante, ECU, 3.ª ed., 2018, pp. 481 ss.

³ Sobre esta cuestión se posicionan BONOMI, A.-WAUTLET, P. en *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, p. 42 s., lamentando la decisión de Reino Unido e Irlanda de no participar en el Reglamento, pues es la pérdida de una oportunidad de construir puentes entre los sistemas sucesorios del *common law* y aquellos basados en el derecho civil, lo que no se ha producido por las reticencias de estos Estados a permitir la aplicación de una ley sucesoria extranjera en sus asuntos económicos, así como por el rechazo al enfoque unitario del texto en lugar del método dualista de los sistemas del *common law*. *Vid.* a este respecto TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *cit.*, pp. 102 ss.

El objetivo de esta normativa europea es someter la sucesión por causa de muerte a una única autoridad, con independencia de su carácter internacional, evitando la fragmentación sucesoria, esto es, que una variedad de leyes sean aplicables a distintos aspectos de una misma sucesión, emitiendo resoluciones contradictorias⁴; asimismo, trata de garantizar que las disposiciones dictadas en un Estado miembro de la Unión Europea sean reconocidas en el resto de Estados, sin necesidad de establecer un procedimiento especial de transferencia⁵.

A este respecto, cabe destacar la creación de un certificado sucesorio europeo (CSE), no obligatorio, que expedido por la autoridad que tramita la sucesión es utilizado por los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios y administradores de la herencia para probar su condición de sujetos de la herencia y ejercer sus derechos o facultades en otros Estados miembros de la Unión; el CSE será reconocido por todos los Estados de la Unión Europea sin necesidad de procedimiento especial alguno, *vid.* artículos 62 y ss. Reglamento 650/2012⁶.

Así, el objetivo del legislador europeo con el Reglamento 650/2012 está centrado en garantizar, a través de su vocación universal como regulador de la sucesión, que aquéllas con carácter transfronterizo se sometan a una ley única y a una sola autoridad, en interés a dar un elemento jurídico que proporcione una mayor colaboración y coordinación entre los sistemas jurídicos europeos en este ámbito; pues hasta la aprobación de este instrumento había disparidad de soluciones a los diferentes supuestos sucesorios⁷, bien por la existencia de Estados con una visión dualista, sometiendo la sucesión mobiliaria a la ley del último domicilio y la sucesión inmobiliaria a la ley del lugar de situación de los bienes, o bien por ser partidarios del sistema unitario, más propia de la

⁴ Establece el Reglamento 650/2012 en su artículo 23 el ámbito de aplicación material de la Ley establecida según los criterios del Reglamento a la totalidad de la sucesión. *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, pp. 148-167 ss.; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Cap. III Ley aplicable» en Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012», *cit.*, pp. 161 ss.

⁵ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *cit.*, pp. 124 ss.

⁶ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *cit.*, p. 127; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, pp. 599 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, pp. 317 ss. y 148 ss.; CALVO VIDAL, I.A., *El certificado sucesorio europeo*, Madrid, La Ley, 2015, pp. 33 ss.; ESPÍNEIRA SOTO, I., «Cap. VI Certificado sucesorio europeo» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, *cit.*, pp. 21 ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 503 ss.

⁷ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *cit.*, pp. 105 ss.

tradición romanista⁸, o incluso por diferencias entre los Estados miembros sobre la ley aplicable según su propia Ley interna.

Esta novedad legislativa, como opina Murillo⁹, proporciona unas directrices facilitadoras del proceso hereditario, tanto en su vertiente legal como testamentaria, conservando los Estados miembros sus competencias en regulación material de la herencia, si bien no es suficiente desde la perspectiva de la armonización legislativa pretendida, pues en la actualidad no existen en toda la Unión Europea proyectos rigurosos cuya finalidad sea conseguirla respecto del Derecho de sucesiones¹⁰.

Lo que se puede observar en el éxito limitado de los proyectos internacionales que han tratado de unificar la materia sucesoria, así, el Convenio de 1961 sobre la forma de las disposiciones testamentarias es el que más ratificaciones obtuvo, por el contrario el Convenio de 1973 sobre la administración internacional de sucesiones y el Convenio de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones internacionales no lograron esos resultados positivos, todos ellos elaborados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, situación a la que ha venido a dar solución el Reglamento 650/2012 que ordena mediante normas uniformes la sucesión transfronteriza de los ciudadanos de los Estados miembros sometidos al mismo¹¹.

II. CRITERIOS UNIFICADORES DE LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* SUPRANACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En este sentido, el Reglamento 650/2012 establece unos criterios para determinar la ley aplicable¹², sustituyendo las normas de conflicto en las suce-

⁸ CALVO CARAVACA A.L.-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *Derecho Internacional Europeo, I, cit.*, p. 36, realizan una prelación de familias jurídicas en el mundo, entre las que destacamos, por ser de influencia en Europa en primer lugar la familia romano-germánica y la familia jurídica de la *Common Law*, si bien, en el viejo continente existen también otros sistemas nacionales de difícil clasificación como los expaíses soviéticos o la propia Rusia, e incluso sistemas jurídicos híbridos, con características de la familia romano-germánica y de la *Common Law*, como es Escocia.

⁹ MURILLO, A., «La influencia del Derecho de familia en la posición del cónyuge superviviente en el orden de llamamientos en la sucesión *ab intestato*: evolución histórica», en *Fundamentos del Derecho sucesorio actual*, Madrid, 2018, pp. 493 ss.

¹⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, p. 225.

¹¹ No obstante, como afirman BONOMI, A.-WAUTLET, P., en *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 41 ss., tanto el Convenio de 1961 como el de 1989 han servido de fundamento al Reglamento 650/2012 a pesar de su poca aplicación práctica.

¹² Una cuestión conexa a la regulación de la ley aplicable, a la que haremos referencia brevemente por no ser objeto de este trabajo son los foros de competencia judicial internacional, que se presentan en el Reglamento con una estructura jerárquica; en primer lugar, se encuentra el foro de la nacionalidad del

siones internacionales vigentes en los Estados miembros¹³, lo que se puede extraer del Considerando 37, que hace referencia tanto a la seguridad jurídica como a normas de armonización en materia de conflicto de leyes que eviten resultados contradictorios, dispensando a los ciudadanos de la Unión europea una mayor previsibilidad respecto a la ley¹⁴ con la cual se guarde una estrecha vinculación, regulando toda la sucesión, con independencia de su naturaleza, o de si están ubicados los bienes y derechos en otro Estado miembro o en un tercer Estado¹⁵, de manera que permita una cierta planificación y seguridad jurídica en el régimen sucesorio¹⁶.

causante, elegido por escrito con expresión de su fecha y firmado por las partes, que solo puede darse si el causante es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea y ha elegido como ley aplicable la de su nacionalidad, o alguna de ellas, esto es, hacemos referencia a la conexión *forum-ius*, artículos 5 a 7, que tiene como finalidad favorecer un desarrollo de los procedimientos sucesorios más sencillos para la autoridades que tengan que conocer el mismo; a continuación, y en defecto de elección por las partes, se estará al foro de la última residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, artículo 4; en tercer lugar, tenemos el foro del lugar de la situación de los bienes de la herencia, únicamente aplicable si el *de cuius* no tuvo su última residencia habitual en un Estado miembro de la Unión europea, con dos supuestos específicos, tendrán competencia para conocer de la sucesión de todos los bienes del causante aquellos tribunales del Estado miembro de la nacionalidad o del Estado miembro donde el causante haya residido en los últimos cinco años, si no se cumple ninguna de estas condiciones, el tribunal que presente la demanda solo tendrá competencia para conocer la sucesión de los bienes localizados en su territorio como Estado miembro de la Unión europea, artículo 10; por último, el foro de necesidad, que solo es aplicable si no se dan la condiciones adecuadas para aplicar los anteriores, y siempre que se demuestre vinculación suficiente con el Estado en cuestión, y si resulta imposible iniciar o desarrollar el proceso en un tercer Estado, se trata pues, de evitar una denegación de justicia. Para un estudio en profundidad de esta cuestión *vid.* IGLESIAS BUIGUES, J.L., «Cap. II Competencia» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, *cit.*, pp. 70 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, pp. 62 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, pp. 147 ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 483 ss.

¹³ CALVO CARAVACA, A.L.-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Europeo*, I, *cit.*, pp. 192 ss.

¹⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, pp. 113 ss.; FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», en *Dereito* 20, n.º 2, 2011, p. 88.

¹⁵ La ley elegida por el *de cuius* regulará la sucesión en su conjunto, sin distinguir la naturaleza de los bienes, ni si están situados en un Estado miembro o en un Estado externo a la Unión europea, *a fortiori*, no permite el Reglamento someter una parte de los bienes a una regulación y otros a otra diferente, *vid.* BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, pp. 269 ss.

¹⁶ Regula asimismo el Reglamento en sus arts. 36 y 37 los supuestos de Estados plurilegislativos miembros de la Unión Europea, en este sentido, se ha desplazado la aplicación del artículo 9.8 CC a nivel nacional, que en la actualidad sólo es de aplicación en conflictos interregionales, sustituyendo nacionalidad por vecindad civil del causante, ya que España viene caracterizada por concurrir en su territorio diversos regímenes sucesorios, *vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», en *Revista Jurídica de Asturias*, 37, *cit.*, pp. 103 y 106; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, pp. 267 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, pp. 240 ss.; QUINZÁ REDONDO, P., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, *cit.*, pp. 291 y ss.; PALAO MORENO, G., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones interna-*

Ahora bien, centrando la materia de estudio en la determinación de la legislación aplicable en la sucesión, ya testamentaria o *ab intestato* que establece el Reglamento 650/2012 en su ámbito de aplicación del artículo 3.1 a¹⁷, la regulación que hace referencia a la misma se encuentra en su capítulo III, pudiendo observar la trascendencia de estas normas en su amplitud y detalle, al constar de diecinueve artículos, encabezados por una regla general a favor de la aplicación universal de las disposiciones contenidas en este capítulo, lo que confirma este carácter del Reglamento, así, el artículo 20 sostiene que «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro», dejando en los artículos 21 a 23 las disposiciones generales que regulan cómo se determina la ley aplicable a la sucesión, así como su eficacia¹⁸.

Respecto a estas disposiciones generales que regulan la ley aplicable en la sucesión transfronteriza, el Reglamento ordena un equilibrio entre la voluntad del causante, la residencia habitual del testador y su nacionalidad¹⁹.

Así, Bonomi-Wautlet²⁰ afirma, opinión con la que nos mostramos de acuerdo, que esta unificación de normas sobre la ley aplicable era inevitable para alcanzar el principio de reconocimiento mutuo en materia sucesoria, pone el foco de atención en un aspecto clave del Reglamento, ya que esta norma, que da carácter *erga omnes* a la ley aplicable a las sucesiones, es continuadora de otros instrumentos europeos que regulan normas sobre conflictos de leyes, y será de aplicación si se cumplen dos circunstancias, en primer lugar, que la jurisdicción de un Estado miembro sea competente, y por otra parte, que el supuesto de hecho se encuadre dentro de las normas reguladoras del Reglamento²¹.

cionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit., p. 143; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, p. 235; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, pp. 482 y 489.

¹⁷ Artículo 3.1 Reglamento 650/2012.—A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «sucesión»: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya proceda de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato.

¹⁸ La normativa recogida en el Reglamento referida a la *lex successionis* encuentra su fundamento en los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, en concreto en el Convenio de 1989, si bien el artículo 27 viene explicado por el Convenio de 1961. *Vid.* FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *cit.*, p. 86; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012*, de 4 de julio de 2012, *cit.*, pp. 239 ss.; IGLESIAS BUIGUES, J.L., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, pp. 137 ss.

¹⁹ RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, pp. 232 ss.

²⁰ BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 239-489.

²¹ En este sentido, el Reglamento 650/2012 encuentra su fundamento en el artículo 2 Reglamento de Roma I, artículo 3 Reglamento de Roma II, artículo 4 Reglamento de Roma III, artículo 6 Convenio de La Haya 1961 sobre la ley aplicable a la forma de los testamentos, y el artículo 2 del Convenio de La Haya

II.1 El criterio preferente de la *professio iuris*

Con relación al orden de prelación de las citadas disposiciones, a pesar de no ser el establecido en el Reglamento, el primer criterio a tomar en consideración es la elección previa del ciudadano, ya sea de manera autónoma o en una disposición *mortis causa*, esto es, se afirma el uso de la *professio iuris* o elección de ley por el testador, que en el artículo 22 se concreta, excluyendo cualquier otra, en elegir la ley de su nacionalidad²² en el momento de la elección, o en el del fallecimiento como aplicable en un futuro a su sucesión²³, manteniendo la validez incluso si con posterioridad hay una pérdida de la nacionalidad elegida, y en caso poseer más de una nacionalidad se debe escoger entre ellas la que va a ordenar el fondo de la sucesión²⁴.

A este respecto, el Reglamento 650/2012 no excluye la posibilidad de que la ley elegida sea la de un Estado no miembro, incluso si el *de cuius* es también ciudadano de un Estado miembro de la Unión, lo que se justifica, sin duda, en aras a favorecer la seguridad jurídica y su voluntad²⁵.

Esta posibilidad electiva otorgada al *de cuius* se conforma como una novedad en la legislación sucesoria, ya que hasta el momento en los Estados miembros existían diversas normas imperativa al respecto, pues estamos ante una materia trascendental que reúne elementos patrimoniales, económicos y

de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones. Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», pp. 109 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, p. 241; PALAO MORENO, G., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, p. 153 s.

²² Como afirma RODRÍGUEZ BENOT, A., en *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, p. 233, en este caso la nacionalidad es determinada por las normas de cada Estado, según el Considerando 41 del Reglamento 650/2012.

²³ La forma de la elección de la ley aplicable a la sucesión testamentaria, su modificación, o revocación puede ser expresa en forma de disposición *mortis causa* o bien tácita, como afirma el Considerando 39 «ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo», por ejemplo, si el *de cuius* ha hecho referencia a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o ha mencionado explícitamente de otro modo dicha ley, asimismo, en el artículo 27 del Reglamento se establece la validez formal de las disposiciones *mortis causa* así como varias conexiones alternativas. Al respecto, vid. FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *cit.*, pp. 116 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 255-261 y 277 ss.; PALAO MORENO, G., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, pp. 151 ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, pp. 233 ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, pp. 489 ss.

²⁴ PALAO MORENO, G., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, pp. 157 ss.

²⁵ BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 254 ss.

familiares, pero el Reglamento 650/2012 cambia el paradigma; el legislador europeo, a fin de adaptarse a una nueva realidad social europea, trata de facilitar la circulación de personas, permitiendo ahora la autonomía de la voluntad, si bien limitada y controlada, de tal modo que admite la sometimiento de la futura sucesión del *de cuius* a su ley nacional.

De esta manera, la ley elegida lo será en la totalidad de la sucesión, regulando tanto el consentimiento como la validez material de la misma, sin embargo, a diferencia de las normas nacionales no legisla la protección de los herederos forzoso, lo que puede ser considerado una nota negativa a tomar en consideración en la regulación reglamentaria²⁶.

En defecto de declaración del *de cuius* con su elección legislativa, o si bien no es válida material o formalmente, la sucesión queda sometida a los tribunales del Estado del lugar donde el ciudadano tuvo su última residencia habitual²⁷, aplicando la ley de dicho Estado miembro de la Unión Europea o *lex residentiae*, artículo 21.1²⁸.

No obstante, si de las circunstancias del caso, se encuentran vínculos más estrechos entre el *de cuius* y un Estado diferente del que resulta aplicando el criterio anterior entra en uso una cláusula de excepción reflejada en el artículo 21.2 del Reglamento «Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado», la excepcionalidad de este criterio establece que el uso de esta cláusula debe ser motivado y fundamentado, para garantizar que la ley aplicable en la sucesión es la que presenta mayor vinculación al supuesto de hecho, si bien nunca puede exceptuar la aplicación de la ley nacional elegida por el causante²⁹.

²⁶ BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, cit., p. 262 s.

²⁷ Considerandos 23 y 24 del Reglamento 650/2012.

²⁸ Un punto débil presente en el Reglamento de la Unión europea se encuentra precisamente en este artículo 21, ya que no incluye la definición legal de residencia habitual, además cabe citar la falta de concreción de la cláusula de escape del artículo 21.2. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, cit., pp. 148 ss.

²⁹ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», cit., pp. 103 ss. y 117 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, cit., pp. 159 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, cit., p. 249; PALAO MORENO, G., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, cit., pp. 141 ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Manual de Derecho internacional privado*, cit., p. 234; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado*, cit., p. 491.

De la lectura de este artículo se puede observar que el Reglamento adopta una aproximación unitaria³⁰, una ley aplicable, bien la residencia habitual, *lex residentiae*, o la que determina la cláusula de excepción, que va a regular toda la sucesión.

Como ha quedado establecido, en la sucesión tanto legítima como testamentaria, el Reglamento 650/2012 nos dirige en su artículo 21 a la *lex successionis* del Estado de la residencia habitual del causante en el momento de producirse el óbito, salvo que de la circunstancias del caso, como se ha expuesto anteriormente, se deduzca un vínculo más estrecho con otro Estado diferente, siendo tal ordenamiento el que determinará la condición de los herederos, legatarios y el orden de los llamamientos, e incluso regulará como afirma el artículo 33 la herencia vacante³¹; así, en ciertos Estados se establece respecto a este último supuesto la apropiación directa de los bienes y derechos ubicados en su territorio con independencia de la nacionalidad del causante, y de igual manera, reconoce al país de la nacionalidad del causante el derecho a heredarle si así lo ordena su *lex successionis*³².

Con relación a la *professio iuris* y su regulación en el Reglamento 650/2012 debemos tomar como punto de partida la facultad que otorga al causante de elegir la ley que va a regir su sucesión, pero de forma limitada, pues sólo puede escoger como *lex successionis* entre las opciones que el legislador

³⁰ A este respecto, como sostienen BONOMI, A.-WAUTLET, P., en *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, cit.*, pp. 244 y 249, la conexión unitaria se seguía en un número limitado de Estados miembros de la Unión europea, siendo la corriente general la visión dualista; no obstante, la primera tiene más ventajas, como la que deriva de su origen internacional, pues ha sido adoptada con frecuencia en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado, además, la residencia habitual es un punto de conexión utilizado en la mayor parte de los Reglamentos europeos respecto a los conflictos de leyes, sea en el ámbito de las relaciones económicas o familiares, así también se encuentra diferentes beneficios a nivel sucesorio como son los estrechos vínculos del *de cuius* con la ley aplicable, entre otros. A lo que hay que sumar otras ventajas de tipo político entre los Estados miembros. No obstante, esta conexión unitaria fue corregida en cierta medida durante la redacción del Reglamento, pues no figuraba en la propuesta inicial, mediante la cláusula de excepción situada en el artículo 21.2, aunque hasta la fecha se trata de una solución poco extendida.

³¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico, cit.*, pp. 205 ss.; ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Cap. III Ley aplicable» en *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012, cit.*, pp. 275 ss.

³² Como afirma RODRÍGUEZ BENOT, A., en *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, p. 236, el Reglamento no impone ninguna de las dos opciones ante una herencia vacante, si bien ordena que si se acoge la primera se cumplan las obligaciones con los acreedores a cargo de los bienes de la herencia. A este respecto, el ordenamiento jurídico español, artículos 956 a 958 CC, establece que el Estado puede heredar a los españoles sin herederos legítimos ni legatarios, sin importar sus bienes o el lugar donde se hallen; de igual modo, España reconocerá derechos sucesorios a un Estado extranjero sobre los bienes de un nacional suyo ubicados en nuestro territorio si el ordenamiento le atribuye a dicho Estado la condición de heredero. En el mismo sentido se expresa LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Manual de Derecho internacional privado, cit.*, p. 496.

ha tasado previamente, en función del criterio del vínculo más estrecho, según su uso en el Derecho internacional privado³³.

En este sentido, la *professio iuris* tiene como ventaja favorecer la seguridad jurídica, pues el *de cuius* tiene la facultad de elegir la ley que va a regular su sucesión futura, incluso en el caso de cambio de residencia habitual posterior³⁴. Así, como afirma Bonomi-Wautelet³⁵ esta elección facilita la libre circulación de personas, pues esa circunstancia no tendrá relevancia alguna en las normas que se aplicaran a una futura sucesión; además, la *professio iuris* permite someter la totalidad de la sucesión a la ley escogida, lo que garantiza coherencia en los diferentes ámbitos de la sucesión³⁶.

Por el contrario, el mayor inconveniente de esta regulación se encuentra precisamente en su esencia, pues permite al *de cuius* evitar normas imperativas que serían aplicables a la sucesión en defecto de elección, en especial, aquellas que hacen referencia a la reserva de cuotas hereditarias³⁷, no obstante, tal como manifiesta Bonomi-Wautelet³⁸ esta cuestión es relativa, pues por un lado, la elección queda limitada a la ley de la nacionalidad del *de cuius*, y por otro hay cuestiones de orden público a tomar en consideración, ya que esta ley puede ser descartada cuando de su aplicación derive un resultado incompatible con los principios de la ley del foro, si bien, esta opción no puede ser utilizada de manera sistemática, sino en los casos más graves, pues de otro modo se entraría en contradicción con el espíritu liberal del Reglamento³⁹.

³³ FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *cit.*, pp. 93 ss.

³⁴ FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», pp. 87 ss.

³⁵ BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, p. 258.

³⁶ Cuestión interesante en el Reglamento 650/2012 es la posibilidad de reenvío y su conexión con la *professio iuris*, que si bien no es parte de este trabajo puede influir respecto al reconocimiento o no de la misma por un tercer Estado, al respecto *vid.* BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, p. 249.

³⁷ Así lo indica el considerando 38 del Reglamento cuando afirma que «El presente Reglamento debe capacitar a los ciudadanos para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a esta. Dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos.». *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, *cit.*, p. 130.

³⁸ BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, p. 260.

³⁹ FONTANELLAS MORELL, J. M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *cit.*, pp. 90 ss. y 118 ss.; BONOMI, A.-WAUTLET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *cit.*, pp. 282 ss.

II.2. Antecedentes históricos de la *professio iuris*

Respecto al concepto de *professio iuris* cabe destacar que si bien es una institución del Derecho internacional privado, tiene su fundamento en las *professiones legis* medievales, entendidas como el medio que facilitaba a los intervinientes en un negocio jurídico declarar la ley de su estirpe a fin de acogerse a la misma, lo que era indispensable para fijar la capacidad negocial de las partes, así como para conocer con carácter previo la normativa a la que se iba a someter una eventual controversia en dicho negocio.

Sobre esta cuestión, la doctrina ha mantenido diferentes tesis sobre el significado de la *professio iuris* en la Edad Media, a fin de establecer su alcance real, esto es, trata de dar contestación a la cuestión de si era una elección real de ley aplicable o no.

Para ello se presentan teorías opuestas, la primera de ellas denominada por Fontanellas⁴⁰ como «autonomista» considera que cada persona, al no estar por razón de su ascendencia subordinada a un derecho propio, tenía poder de decisión respecto al derecho aplicable en su vida jurídico-privada, esta opinión lleva a mantener la posibilidad de realizar una elección de ley para cada negocio concreto, inclusive en vía judicial⁴¹; por otro lado, están las teorías que podemos llamar «evolutivas», cuyo contenido se centra en sostener que a partir del siglo XI se impuso en la práctica una selección caso a caso del derecho aplicable⁴²; contraria a las anteriores, hay una teoría restrictiva planteada por Savigny que establecía que el nacimiento determinaba el derecho, no permitiendo la elección personal de la ley aplicable, salvo algunas excepciones a favor de mujeres casadas, clérigos y manumitidos, de tal manera, que las *professiones iuris* no eran más que transcripciones del derecho nacional de los intervinientes en un negocio determinado⁴³.

En este sentido, los autores de Derecho internacional privado, como afirma Fontanellas⁴⁴, defienden mayoritariamente una teoría evolutiva de las anti-

⁴⁰ FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 42 ss.; *Idem*, «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», pp. 84 ss.

⁴¹ A favor se encuentran autores como MURATORI, L.A., *Antiquitates italicæ medii ævi*, II, Disertatio XXII, Mediolani, 1739, p. 261 ss.; BARÓN DE MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Heliasta, Buenos Aires, 1984, p. 211.

⁴² Esta opinión es defendida por SALVIOLI, G., «Nuovi studii sulle professioni di legge nelle carte medievali italiane», en *Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le provincia modenese e permensi, serie III, vol. II*, 1883, pp. 24 ss.; SCHUPFER, F., *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti: leggi e scienza*, Ed. Città di Castello, 1904, p. 12.

⁴³ SAVIGNY, F. C., *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, I, 3.^a reimp., Darmstadt, 1956, pp. 138 ss.

⁴⁴ FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *cit.*, p. 85 n. 4; FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria, cit.*, p. 44 n. 40.

guas *professiones legis*⁴⁵, según la cual a partir del declive del personalismo y la pérdida de la identidad nacional de los pueblos de Europa se produjo la evolución de las mismas, variando a elecciones de ley, a pesar de no tener esa naturaleza en su origen.

El origen de esta posibilidad electiva se puede observar en el principio que seguían los invasores bárbaros, que acabaron con la hegemonía romana, de dejar en vigor el derecho propio de los territorios conquistados, en este caso la legislación romano-teodosiana⁴⁶, esto es, se establecía el principio de personalismo jurídico⁴⁷; más adelante, y una vez perdida la identidad patria el interesado, al celebrar un acto jurídico, o al comparecer en juicio, podía proclamar una profesión de ley, en su inicio de forma tácita, pues estaba implícita en la declaración de las partes estipulantes de su pertenencia a un pueblo o nación, pero la frecuencia de esta disposición no lo convierte en regla general, pues en la práctica, los negocios jurídicos se realizaban únicamente entre sujetos que tenían la misma ley propia, o si existían diversidad de derechos entre las partes no tenía necesariamente que hacer una declaración de elección, pues había una norma de general de seguimiento a los habitantes de un determinado territorio.

A partir de esta premisa, se dieron los factores que ayudaron a la formación de la *professio iuris*, entre los que destacan el principio de personalidad del derecho, o la coexistencia de sujetos de diferente procedencia asentados en el mismo territorio, y que trajeron consigo la posibilidad de elegir una ley entre aquellas vigentes en un territorio, en consecuencia, surge la facultad de hacer dejación del derecho propio, si bien existen dudas en la doctrina sobre si esta derogación en principio solo se limitaba a actos singulares como los contra-

⁴⁵ CATELANI, E.L., *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, I, Storia del diritto internazionale privato*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1895, p. 229; VITTA, E., «The conflict of Personal Law», en *Israel Law Review*, 5, 1970, pp. 172 y 340; CURTI GIALDINO, A., «La volonté des parties en droit international privé», en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 27 March 2019 'http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789028602441.743_938' First published online: 1972.*

⁴⁶ FONTANELLAS MORELL, J.M., en *La professio iuris sucesoria, cit.*, pp. 34 y ss., realiza un estudio pormenorizado sobre la posibilidad de aplicar la *professio iuris* en el Derecho romano mientras estuvo en vigor, si bien pone de manifiesto la dificultad de admitir a priori tal situación, por la aplicación del *ius gentium*, y la concesión en 212 d.C. de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio mediante la Constitución Antoniniana, sin embargo, hay que destacar que el derecho del pretor peregrino era más una ley económica que no se aplicaba al derecho familiar, o sucesorio, asimismo, incluso la expansión del *ius civile* no significó la inmediata y plena de los derechos locales. Así, de las fuentes se puede extraer que Roma solucionó el problema de las leyes de conflicto con el principio de personalidad del derecho de forma que en el ámbito hereditario la ley competente era la del lugar de procedencia del causante.

⁴⁷ Según el principio «a cada uno su ley de origen, la ley de la nación a la que pertenece», que ajustado a la esfera hereditaria significa la sumisión de todos los conflictos a la ley nacional del causante. FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria, cit.*, p. 39, así como la bibliografía citada.

tos⁴⁸, cuestionando su aplicación en los negocios *mortis causa*⁴⁹ como se establece en el último inciso de Liutprando 91⁵⁰; sobre esta cuestión, algunos autores afirman la necesidad de consultar las escrituras notariales de la época para realizar un estudio de los actos de última voluntad registrados y observar si los mismos contienen cláusulas de profesión de ley para dar una respuesta a esta duda.

A este respecto, Vismara⁵¹ expone que de dichos documentos se extrae que en las pocas disposiciones sucesorias documentadas en la época se pueden observar donaciones *mortis causa* en las que se han reflejado *professiones legis*, si bien no se puede asegurar que fueran electivas, pero como afirma Fontanellas⁵² no es fácil admitir que si la donación era inter vivos se pudiese realizar una elección de la ley aplicable, y sin embargo, si se realizaba vía *mortis causa* esta elección no fuera posible.

Ahora bien, a consecuencia de los cambios sociales y de los distintos desarrollos legales, con el paso del tiempo esta situación evoluciona, así, los documentos legales del siglo XI que contienen *professiones* hacen referencia al Derecho romano⁵³, lo que denota su pervivencia, siendo su capacidad jurídica y su efectividad dirigida a todo tipo de negocios jurídicos⁵⁴.

En este orden de ideas, a medida que se van afianzando las estructuras sociales, políticas y económicas medievales, el criterio de personalidad del derecho va decayendo, evolucionando hacia un régimen jurídico de configuración territorial, que produce una rotura de la identidad nacional y de la aplicación de *ius propium*. Para suplir estas deficiencias, por un lado, en Italia y

⁴⁸ FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, cit., pp. 29 ss. y 38 ss.

⁴⁹ FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, cit., pp. 53 ss.

⁵⁰ Liutprando, 91.—*De scrivis hoc prospeximus, ut qui cartolas scribant, sive ad legem langobardorum, quoniam apertissima et pene omnibus nota est, sive ad romanorum, non aliter faciat, nisi quomodo in ipsis legibus conteneretur; nam contra legem langobardorum aut romanorum non scribant. Quod si non sciunt, interrogent alteros, et si non potuerent ipsas legis pleniter scire, non scribant ipsas cartolas. Et qui aliter facere presumpserit, conponat wirgild suum; excepto si aliquid inter conliberts convenerit: ut si quiscumque de lege sua subdiscendere voluerit et pactionis aut convenientias inter se fecerent, et ambe partis consenserent, isto non inpotetur contra legem, quia ambe partis voluntariae faciunt: et illi, qui tales cartolas scribant, culpavelis non inveniantur esse. Nam quod ad hereditandum pertinet, per legem scribant. Et quia de cartola falsa in anteriore edictum adfixum est, sic permaneat.*

⁵¹ VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, pp. 400 ss.

⁵² FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, cit., p. 54.

⁵³ Con expresiones del tipo: «*vivente ex natione sua lege Romana*» o «*professus sum lege vivere Romana*», FALASCHI, P.L., «Professione di legge», *NNDI XIV*, 1957, p. 22 n. 5 y 6).

⁵⁴ FALASCHI, P.L., «Professione di legge», cit., pp. 21 ss. A este respecto, Falaschi en su trabajo expone una interesante tesis sobre las *professiones legis mediaevales*, pues en su opinión, podría concluirse que no habrían servido más que para hacer evidente una falta de comunicación jurídica entre los distintos derechos en la época, lo que considera totalmente infundado por que se utilizó en múltiples y diferentes tipos de negocios jurídicos, afirmando que el principio de la personalidad de ley y la *professio iuris* no se excluyen, sino que en la práctica negocial «son un homogéneo terreno jurídico de encuentro».

Francia meridional se recurre a la costumbre de incluir en los documentos jurídicos cláusulas de filiación jurídicas o *professio iuris*, y por otro lado se potencia la labor legislativa de los reinos germánicos; sin embargo, en el resto de países de la Europa occidental el tránsito del personalismo al territorialismo fue más sutil, ya que sucede cuando en un territorio se asientan personas de procedencia diversa, dado lugar a la afirmación «la ley personal es la ley local de lugar en donde se ha nacido», si bien, el derecho personal seguirá vigente en estos territorios a nivel judicial⁵⁵.

El escenario planteado se vio modificado a partir del siglo XIII con la gradual universalización del derecho romano en Europa⁵⁶, pues como afirma Muratori⁵⁷ las leyes romanas empezaron a llenar en todas partes los foros y las escuelas, por lo que ya no tenía sentido realizar *professiones legis*, en consecuencia, desaparecieron paulatinamente de los archivos.

De todo lo expuesto se puede afirmar que la idea de una *professio iuris* establecida en el artículo 22 del Reglamento 650/2012 no es nueva, pues la posibilidad de otorgar al *de cuius* la facultad de designar la ley aplicable se puede encontrar desde la Edad Media en ordenamientos nacionales, autores y normas consuetudinarias que admiten la elección de ley aplicable, si bien en número limitado, aunque con proyección positiva⁵⁸.

Así, en el siglo XIV Bartolo de Sassoferrato sostenía que en el caso de la sucesión testada, si la voluntad del testador no resultaba clara, debía aplicarse la ley del lugar de otorgamiento del testamento, pero si era una sucesión intestada debía aplicarse la ley del lugar de la situación de los bienes, en esta opinión seguía a Cinio da Pistoia, Cuneus, y posteriormente, fue continuada por Baldo de Ubaldis o Nicolás Burgundio; si bien, anteriormente a Bartolo, Pierre de Belleperche afirmaba la ley aplicable única, aun en el caso de que los bienes

⁵⁵ FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, cit., pp. 57 ss.

⁵⁶ A este respecto, TORRENT, A., en «La recepción del Derecho justinianeo en España en la baja edad media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo», RIDROM, abril 2013, pp. 30 ss. sostiene el carácter tendencialmente universalista para Europa del *ius commune* derivado de los textos justinianos analizados por los glosadores y más tarde por los comentaristas. Asimismo, vid. TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 220 ss.

⁵⁷ MURATORI, L.A., *Antiquitates italicæ mediæ ævi*, II, Disertatio XXII, cit., p. 280.

⁵⁸ En materia de *professio iuris* en la sucesión BONOMI, A.-WAUTLET, P., en *El Derecho europeo de sucesiones, Comentarios al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, cit., p. 256, sostienen que la legislación Suiza desde el siglo XIX la admite de forma tradicional, y en la actualidad según la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre de 1987, asimismo, en la actualidad la ley aplicable a la sucesión está también admitida en el Convenio de La Haya de 1989, en sus artículos 5, 6 y 11. En este mismo sentido, vid. FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», cit., p. 84 (nota 1), 85 ss. y 106 ss., y en FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, cit., pp. 61 ss., hace referencia a las teorías estatutarias que dieron lugar al Derecho Internacional privado.

testamentarios estuvieran situados en países distintos, y debía ser la ley nacional⁵⁹ del testador⁶⁰.

III. PROYECCIÓN DEL *IUS COMUNE* EN EL REGLAMENTO 650/2012 DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez planteada la normativa vigente y el origen de la *professio iuris*, se puede afirmar con relación al objeto de este trabajo que la entrada en vigor en agosto de 2015 del Reglamento 650/2012 supone un éxito de la unidad europea, consecuencia sin duda de la «Comunidad de Derecho»⁶¹ a la que hace referencia Antonio Tajani, a lo que podemos añadir una comunidad de derecho fundamentada en una cultura jurídica común que tiene su origen en el Derecho romano, en el Derecho canónico, en su recepción en el *ius comune*⁶², y por último, en la codificación fruto de todo este desarrollo⁶³.

⁵⁹ Entre los ordenamientos jurídicos favorables a la ley nacional, destaca el Código Civil francés de 1804, que abandona de esta forma el criterio del domicilio a favor de la primera. A este respecto, como afirma SANTINI, G., en *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990, pp. 19 ss., el Código Civil francés, que tuvo gran influencia en la codificación tanto en Europa como fuera de ella, es en esencia romanístico en gran parte, a pesar de incluir costumbres propias francesas e incluso de estar influenciado por la Pandectística alemana, el derecho romano era un actor de unidad en el pueblo, lo que en virtud de la influencia del viejo continente en el siglo XIX derivó en una difusión del Derecho romano a nivel global, como se puede observar en los Códigos americanos.

⁶⁰ FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, cit., pp. 63 ss.; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «El reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», cit., pp. 106 ss.

⁶¹ «La Unión Europea ha tenido éxito porque es el fruto de una Comunidad de Derecho», TAJANI, A., Presidente del Parlamento Europeo en su intervención al recoger el Premio Princesa de Asturias de la Concordia, en Oviedo el 20 de octubre de 2017, recoge la cita acuñada por Walter Hallstein en 1969, ilustre europeísta. Sobre esta cuestión vid. STOILLEIS, M., «Europa como comunidad de derecho», *Historia Constitucional* 10, 2009, pp. 475 ss.

⁶² Con relación al significado de la expresión y el significado de *ius comune* del medioevo europeo se puede observar el texto de Gayo en D. 1.1.9 que nos sirve para extraer la base del derecho común europeo, al afirmar que «todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres usan en parte su derecho peculiar, en parte el común a todos los hombres. Pues el derecho que cada pueblo estableció para sí es propio de la ciudad y se llama derecho «civil», como derecho propio que es de la misma «ciudad»; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de «gentes», como derecho que usan todas las gentes o pueblos», pues esta definición es el origen de la expresión *ius comune*. Al respecto vid. SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 28 y ss.; TORRENT, A., «La recepción del Derecho justinianeo en España en la baja edad media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo», cit., pp. 28 y ss. (notas 6, 7 y 8); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La recepción del Derecho romano en Europa», *El Cronista* 41, 2014, pp. 4 ss.

⁶³ Con relación al derecho sucesorio, a tenor de la corriente codificadora, se puede afirmar la influencia de las tendencias de la Ilustración, así como de las ideas liberales reflejadas en la corriente limitadora de la libertad de testar, si bien, en algunos Estados se continuó manteniendo, entre otros, el fideicomiso universal y el mayorazgo aun con restricciones, como reminiscencia de las sociedades antiguas, incluso en

A este respecto, como afirma Coing⁶⁴, con la recepción tiene lugar el redescubrimiento científico del Derecho romano, en particular por los juristas italianos de los siglos XI y XII en Bolonia, si bien también se dio este fenómeno en otras Escuelas de Derecho italianas y francesas, lo que unido a que en las Universidades el objeto de enseñanza e investigación fue el *ius comune*⁶⁵ trajo como consecuencia una difusión del Derecho romano a partir de esta etapa.

No obstante, el Derecho romano si bien es derecho común en la Europa continental, en ningún momento ni lugar tuvo vigencia exclusiva cronológica y espacial, ya que las leyes territoriales y locales, y los derechos consuetudinarios tenían preferencia, lo que tuvo como consecuencia un ordenamiento jurídico de niveles⁶⁶.

En este orden de ideas, como afirma Fernández de Buján⁶⁷, a partir de finales del siglo XI se produce en Bolonia «el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea», de forma que los pueblos y naciones independientes del continente se cohesionan a través del Derecho romano en un primer momento, considerado como el derecho natural o la razón escrita, para más adelante añadir el Derecho canónico, a través de la Canonística cuyo origen se encuentra en el estudio del Decreto de Graciano, compuesto en Bolonia hacía el 1140, estando su desarrollo posterior marcado por la actividad legislativa y judicial de los papas medievales, que recogida en colecciones oficiales fue objeto de estudio en las Universidades, dando lugar junto con el Derecho romano a lo que se denominó *ius utrunque* o *ius comune*⁶⁸.

El derecho canónico europeo, que conformaba el *ius comune*, tuvo como fundamento el Derecho romano y los distintos derechos locales, siendo reco-

algunos países se mantuvo la llamada reserva hereditaria, ceñida a la esfera de la economía agrícola, pero en conjunto el liberalismo político significó una vuelta del derecho hereditario del Antiguo Régimen, al Derecho romano común, sobre todo sus principios técnico-jurídicos, simplificando y racionalizando muchas instituciones, sirva como ejemplo, la aceptación en general del legado testamentario simple, proveniente del Derecho canónico, asimismo se revisó el derecho de los herederos forzosos y se conformó la legítima, al respecto *vid.* COING, H., *Derecho privado europeo, I*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 53 ss.; COING, H., *Derecho privado europeo, II*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 729 ss.

⁶⁴ COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 35 ss.

⁶⁵ DUPLÁ MARÍN, T., «La recepción del Derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la Constitución Europea», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 7, 2003, pp. 275 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La recepción del Derecho romano en Europa», *cit.*, pp. 6 ss.

⁶⁶ COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 38 ss., 53 ss. y 69 ss.

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La recepción del Derecho romano en Europa», *cit.*, pp. 9 ss. En el mismo sentido, COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 34 ss.

⁶⁸ La consideración del Derecho romano y del Derecho canónico como dos ramas del mismo tronco se manifiesta, además de en la expresión *utrumque ius*, en la denominación de doctor en uno y otro derecho del título universitario correspondiente: *doctor in utroque*. *Vid.* COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 34 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La recepción del Derecho romano en Europa», *cit.*, pp. 4 ss.

pilado en el siglo XVI en un código de leyes que regulaba amplios aspectos del mundo cristiano, de manera que tenía su campo de aplicación en casi toda Europa en paralelo al *ius civile*⁶⁹, sin que las reformas religiosas centroeuropeas modificasen esa capacidad unificadora, pues el desarrollo de su legislación tenía en consideración los fundamentos comunes.

La aplicación de ambos ordenamientos planteó en ocasiones conflictos con derechos locales o consuetudinarios, con normas estatutarias, propias de los municipios o ciudades, e incluso con disposiciones reales o feudales de gobernantes de la época, y especialmente, se suscitó la cuestión de la vigencia como fuente primaria o secundaria del *Corpus Iuris* justiniano.

Así, se puede afirmar que el *ius comune* es Derecho romano, en concreto Derecho justiniano, y Derecho canónico junto con ciertas instituciones jurídicas medievales⁷⁰; respecto al Derecho romano, pues el Derecho canónico influyó en menor medida, lo que más interesó a los juristas fue el «derecho del caso» que se encuentra tanto en el Digesto como en el *Codex*, incluso ampliándolo, como sucede en el supuesto del desarrollo de la teoría estatutaria del Derecho Internacional Privado que se formó sobre textos del *Corpus Iuris Civilis*⁷¹.

Tomando como base esta premisa cabe destacar la historia del derecho europeo desde la perspectiva del derecho común, de un Derecho romano situado en la Edad Media y en los inicios de la Edad Moderna que como afirma Stoilleis⁷² «es el elemento de unión para Europa, no tanto a fin de condicionar la ulterior unificación jurídica de Europa como para investigar la amplitud y profundidad de la cultura jurídica europea».

En este mismo sentido, afirma Santini⁷³ que el Derecho romano fue en el siglo XIX un factor de unión entre los pueblos en Europa, exportado fuera de las fronteras europeas gracias a la difusión de la Codificación⁷⁴, que con profundas raíces romanistas tuvo lugar en el continente, pero para llegar a ello hay

⁶⁹ SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 28 ss.; STOILLEIS, M., «Europa como comunidad de derecho», cit. p. 478; TORRENT, A., «La recepción del Derecho justiniano en España en la baja edad media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo», cit., p. 60 ss.

⁷⁰ En el Derecho romano fue recibido el derecho feudal a través de los *Libri feudorum* así como otra serie de instituciones de derecho medieval reconocidas por el *ius comune*. Vid. COING, H., *Derecho privado europeo, I*, cit., p. 65.

⁷¹ COING, H., *Derecho privado europeo, I*, cit., pp. 64 ss.

⁷² STOILLEIS, M., «Europa como comunidad de derecho», cit., pp. 476 ss.

⁷³ SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 21 ss.

⁷⁴ SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., p. 20 presenta una relación exhaustiva de códigos civiles nacidos a la luz de la corriente codificadora europea.

que tomar en consideración el estudio del *Corpus Iuris* de Justiniano llevado a cabo por los Glosadores al final del siglo XI y principios del XII, y a posteriori por los comentaristas⁷⁵; así, después de pasar casi al olvido las fuentes justinianeas, reducidas en todo caso a leyes personales, por el trabajo llevado a cabo por la Iglesia y por su prestigio volvía a ser «Ley general», si bien este *ius comune* nacido en la baja edad media es un producto original y diferente del Derecho romano, con fundamento en la compilación de Justiniano y del Derecho canónico, ya que este derecho provenía de las leyes de Justiniano, pero adaptadas a la sociedad de la época, tan diferente de la romana, según la anotaciones de Irnerio y del resto de Glosadores⁷⁶.

Sobre esta cuestión afirma Murillo⁷⁷ que la historia de Roma y su ordenamiento jurídico tiene interés en tres aspectos básicos para un ciudadano europeo actual, estos son, tener un conocimiento esencial del pasado y de la organización actual de la colectividad europea, sus principios y participar en la consolidación y mejora de la Unión, debido precisamente a que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos vigentes descendientes de aquél.

A *fortiori*, la Unión Europea como tal no es un idea del siglo XX, sino un pensamiento constante en el continente, pero fue en época medieval, a partir de la elaboración del *ius comune* en las universidades⁷⁸, cuando se produce la recepción del Derecho romano, con su implantación e influencia en todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, en concreto, se toma como referencia del mismo, no sólo su contenido normativo, sino sobre todo los conceptos básicos y el valor metodológico del Derecho romano, sin cuya cobertura no hubiese sido posible establecer una elección de ley aplicable de diferentes Estados miembros de la Unión europea en materia sucesoria.

⁷⁵ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius comune-derecho europeo*, cit., pp. 236 ss.

⁷⁶ DUPLÁ MARÍN, T., «La recepción del Derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la Constitución Europea», cit., pp. 275 ss.; TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius comune-derecho europeo*, cit., pp. 222 ss.; TORRENT, A., «La recepción del Derecho justiniano en España en la baja edad media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo», cit., pp. 28 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La recepción del Derecho romano en Europa», cit., pp. 6 ss.

⁷⁷ MURILLO, A., «El derecho como elemento de armonización del nuevo derecho común europeo», en *Revista jurídica da FA7* 7, 1, 2010, pp. 288 ss.

⁷⁸ Con relación al estudio del derecho común en las universidades europeas, así como en las Escuelas preuniversitarias, vid. SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 13 ss.; COING, H., *Derecho privado europeo, I*, cit., pp. 36 ss.; TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius comune-derecho europeo*, cit., pp. 205 ss.

A este respecto, Torrent⁷⁹ sostiene que la ciencia del derecho europeo es historia de la dogmática jurídica en Europa, cuyo origen se encuentra en la labor de los juristas romanos sobre sus principios y reglas de relación, para continuar formándose posteriormente en el renacimiento jurídico medieval hasta la codificación europea gracias al trabajo de los juristas que a partir del citado fundamento en Derecho romano añadían costumbres nacionales, usos propios locales, y legislaciones particulares, a los que se debe añadir los elementos canonísticos provenientes de las Decretales de Graciano en el siglo XII.

En este orden de ideas, nos mostramos de acuerdo con la opinión de Murillo⁸⁰ al manifestar que gran parte del contenido de la cultura europea es su concepción del Derecho, cuya base es una elaboración jurisprudencial del Derecho romano⁸¹ que, si bien perdió su vigencia, fue estudiado, analizado y transmitido en las universidades, conformando el cuerpo de lo en el futuro fue el derecho objetivo de cada uno de los Estados miembros de la Unión.

En consecuencia, y centrando la cuestión en la regulación del Reglamento 650/2012, si se domina el sentido de la herencia, del testamento o de los legados es porque en Europa desde comienzos del siglo XI hasta la actualidad se han conocido, estudiado y asumido estas instituciones jurídicas, que son, como afirma Murillo «patrimonio de la humanidad», siendo creadas, desarrolladas y evolucionadas por los juristas romanos hasta llegar a los conceptos de derecho que se han recogido en la citada regulación europea, ya que los legisladores tomaron como punto de partida ese derecho común a todos los sistemas jurídicos, esto es, el que provenía del *ius commune*⁸².

De lo expuesto se puede afirmar que en Europa entre los siglos XIII y XVIII, a pesar de estar en vigor el Derecho local o especial de cada territorio o fuero⁸³, se encuentra en la mayoría de los territorios el *ius commune*, que era estudiado

⁷⁹ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, cit., pp. 69 ss.

⁸⁰ MURILLO, A., «El derecho como elemento de armonización del nuevo derecho común europeo», cit., pp. 292 ss.

⁸¹ Sobre esta cuestión TORRENT, A., en *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, cit., pp. 71 ss., realiza un estudio sistemático de la evolución de la ciencia del derecho en Roma del que se puede extraer el origen de diversas instituciones jurídicas, así como su contexto histórico.

⁸² Supletorio en Europa durante más de siete siglos, a este respecto *vid.* VINOGRADOFF, P., *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, Harper Brothers, 1929, pp. 32-58; CANNATA, C.A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, pp. 115 y ss.; SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius commune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 13 ss.; MURILLO, A., «El derecho como elemento de armonización del nuevo derecho común europeo», cit., pp. 288 ss.

⁸³ SANTINI, S., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius commune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, cit., pp. 339 ss.

en las universidades italianas, alemanas, españolas y francesas, entre otras, con un idioma común, el latín, a lo que se debe añadir que los métodos, los objetos de estudio, y lo que Stoilleis⁸⁴ denomina nomadismo de alumnos por todas estas universidades europeas eran una nota común, lo que creó un cuerpo de juristas decisivo en administraciones y tribunales, con una base jurídica común en prácticamente cualquier territorio, pues el Derecho culto o profesional⁸⁵ se aplicaba en estamentos superiores, proporcionando de esta manera el Derecho romano los conceptos básicos, el sistema y el medio de organización jurídica aplicable.

A este respecto, como afirma Coing⁸⁶ existió una literatura jurídica uniforme, escrita en latín, que estudiaba tanto el derecho común como el derecho propio del lugar, en estas obras para realizar la fundamentación jurídica se utilizaban los autores del propio país, si bien los dictámenes siempre eran acompañados de aportaciones de obras extranjeras, sobre todo las italianas, pero también de juristas españoles del Siglo de Oro, especialmente en Italia, Países Bajos y en el Imperio Alemán.

Este escenario jurídico tiene su contrapunto con la aparición de los Estados nacionales, durante los siglos XVII y XVIII, que ahora sí, tienen fronteras estables e insisten en ordenar sus ordenamientos jurídicos desde el punto de vista de su soberanía, su propia Administración, su Justicia, resaltando su diferencia con los demás Estados a través de regímenes políticos propios que otorgaban a los legisladores la facultad de dictar sus propias leyes, esto es, la Codificación⁸⁷.

Esta corriente codificadora que proviene de la Ilustración del siglo XVI tiene varias causas, entre ellas destaca la censura que se realiza al sistema de *ius commune* y al latín en el que está escrito por su distancia del pueblo; a los Estados les parece que la forma más adecuada de crear derecho es la Ley, de manera que ya en el siglo XVIII se considera que la única fuente legítima del derecho es la Ley, el Código «debe orientar a la libertad e igualdad de todos los

⁸⁴ STOILLEIS, M., «Europa como comunidad de derecho», *cit.*, pp. 477 ss.

⁸⁵ COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 66 ss.

⁸⁶ COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, p. 68 s.

⁸⁷ A este respecto destacamos el trabajo de los juristas de los siglos de la Codificación tratando de decidir que incluir en los códigos, emulando el trabajo de Justiniano más de diez siglos antes, así, toman como punto de partida el Derecho romano, el *ius commune*, el Derecho canónico, así como el *ius naturale* para crear ordenamientos que regulaban no sólo la vertiente privada del derecho sino la pública y procesal. Lo que también tuvo su reflejo en el orden religioso al establecer en 1917 un nuevo *Codex Iuris Canonici*, a este respecto *vid.* SANTINI, G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo «ius commune» nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata, cit.*, pp. 36 ss.; STOILLEIS, M., «Europa como comunidad de derecho», *cit.* p. 479.

ciudadanos, exigidas por el Derecho natural»⁸⁸, asimismo, sostienen que es el Derecho el que debe dominar a la jurisprudencia, y es precisamente en ese siglo cuando cada Estado comienza a ejecutar su Código de Leyes tomando como criterios de redacción una construcción sistemática y un lenguaje simple y claro, estando orientado a la libertad e igualdad de todos los ciudadanos, según el Derecho natural, con la finalidad de perdurar en el tiempo⁸⁹.

Respecto a la Codificación afirma Coing que supone el fin de la ciencia europea común, pues en su opinión a partir del Código Civil francés se desmorona la unidad jurídica europea basada en el *ius commune*, sin embargo, si bien es cierto que la Codificación condujo al derecho positivo y a los derechos nacionales como fundamento de la ciencia jurídica, los códigos europeos y más tarde otros fuera del continente, tomaron como fuente ese Derecho común, del que formaba parte el Derecho romano, y con él sus instituciones, que fueron modeladas según los derechos particulares de los Estados, así como por los estatutos locales, pero sin perder de vista la metodología y el concepto que ya fue creado en el Derecho romano⁹⁰.

Con relación al derecho sucesorio en la Edad Media, como fundamento del Reglamento 650/2012, podemos afirmar la existencia de una triple faceta, por un lado en esta época se tomaba como referencia la legislación de Justiniano⁹¹ siendo objeto especial de discusión las reformas establecidas en la Novela 118 y en la Novela 115 que modificaron la antigua normativa; a este derecho sucesorio hay que añadir las numerosas reglas e instituciones sucesorias que se crearon en la Edad Media, con diferencias claras con el Derecho romano y que llevaron a los juristas de la época a estudiar su vigencia y su consonancia con el Derecho natural⁹²; y por último, tiene clara influencia en el derecho sucesorio medieval el Derecho canónico que también introdujo cambios en las instituciones romanas de la herencia, con especial referencia a las causas pías.

Así, a modo de conclusión se puede afirmar que la regulación del Reglamento 650/2012 ha sido posible, después de variadas y múltiples discusiones durante su tramitación, por la cultura común jurídica existente en los Estados

⁸⁸ COING, H., *Derecho privado europeo, I*, Fundación Cultural del Notariado, *cit.*, pp. 112 ss.

⁸⁹ Sobre la cuestión, COING, H., en *Derecho privado europeo, I*, p. 114 s., realiza una relación de Códigos aprobados en los diferentes Estados europeos, desde los primeros, el *Codex Maximilianeus* en Baviera de 1756 y el *Codice Modenese* de 1771 hasta la codificación más influyente en Europa, y aún más, a nivel mundial, el *Code Civil* de Francia de 1804.

⁹⁰ COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, p. 118.

⁹¹ El *Corpus Iuris* si bien tuvo siempre un carácter subsidiario, con múltiples excepciones de tipo local o territorial, sí fue importante en cuanto a que sus conceptos fundamentales, así como su casuística fueron utilizados por los juristas medievales, *vid.* COING, H., *Derecho privado europeo, I, cit.*, pp. 703 ss.

⁹² DUPLÁ MARÍN, T., «La recepción del Derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la Constitución Europea», *cit.*, p. 278.

miembros de la Unión Europea, ya que del *ius commune* medieval se tomaron en las distintas codificaciones europeas sobre todo sus conceptos fundamentales, sus principios y su metodología, y sin cuya cobertura no hubiese sido posible establecer una elección de ley aplicable a una sucesión *mortis causa* supraes-tatal, si bien, según las limitaciones establecidas por el legislador europeo el *de cuius* sólo puede escoger como *lex sucessionis* la ley de su nacionalidad en el momento de la elección o en el fallecimiento, según el criterio del vínculo más estrecho.

SUMISIÓN Y RESIDENCIA HABITUAL EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS

Prorogation of Jurisdiction and Habitual Residence in the European Succession Regulation: Romanistic Foundations

CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ
Universidad de Oviedo

Resumen: En este trabajo se analizan dos de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento Europeo de Sucesiones: 1) sumisión dentro de los márgenes permitidos por el reglamento y 2) residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, tanto en el RES como en el Derecho romano y en la interpretación realizada por los juristas de la recepción, destacando las conductas susceptibles de ser consideradas como una sumisión tácita, los requisitos y efectos del acuerdo, el concepto y elementos del *domicilium* y la residencia en el RES, en el Derecho romano y su evolución posterior, así como los indicios reveladores del domicilio y la residencia habitual en un determinado lugar, con la finalidad de ofrecer criterios interpretativos aplicable a los supuestos que puedan plantearse en la actualidad.

Palabras clave: acuerdo de elección de foro/*prorogatio fori*, *domicilium*, foros de competencia internacional, fundamentos romanísticos, Reglamento Europeo de Sucesiones, residencia habitual.

Abstract: This paper analyses two of the international grounds of jurisdiction provided for in the European Succession Regulation: 1) prorogation of jurisdiction within the margins permitted by the regulation and 2) habitual residence of the deceased at the time of death, both in the RES and in Roman Law and its interpretation by the jurists of the reception; highlighting the conducts susceptibles of being considered as a tacit submission, the requirements and effects of a choice of court agreement, the concept and ele-

ments of the domicile and residence in the RES, in Roman Law and its subsequent evolution, as well as the revealing indicators of the domicilium and habitual residence in a certain place, with the aim of offering interpretative criteria applicable to the cases that may arise nowadays.

Keywords: choice-of-court agreement/prorogatio fori, domicilium, grounds of international jurisdiction, romanistic foundations, European Succession Regulation, habitual residence

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Los acuerdos de elección de foro. II.1 La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en el RES. II.2 La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en Roma. II.2.1 Admisibilidad de los acuerdos de elección de foro en el Derecho romano. II.2.2 Requisitos del acuerdo de sumisión: A) Autoridad frente a la que puede efectuarse la *prorogatio fori* B) El consentimiento de las partes. II.2.3 Efectos del acuerdo de sumisión. II.3 La sumisión tácita: A) En el Reglamento Europeo de Sucesiones. B) En Roma. II.4 La sumisión de las partes como criterio de atribución de competencia en el Derecho histórico español. III.–La residencia habitual del causante. III.1 La residencia habitual del causante en el RES. III.2 El concepto de domicilio según la tradición romanística. III.2.1 El *domicilium* en el Derecho Romano. A/ Concepto y elementos. B/ Acreditación del domicilio. III.2.2 El domicilio en la recepción. IV.–Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, dentro del cual esté garantizada la libre circulación de personas, siendo preciso la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza.

En el espacio europeo de justicia, para evitar los obstáculos a la libre circulación de personas, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión y garantizar de manera eficaz los derechos de todos los interesados en la herencia: herederos, legatarios, personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia. Por ello se aprueba el Reglamento número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de documentos públi-

cos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado europeo sucesorio (en adelante RES).

El Reglamento Europeo de Sucesiones no armoniza ni unifica ninguna normativa nacional de los Estados miembros. Cada estado miembro conserva naturalmente su derecho sustantivo en esta materia.

Una de las características importantes que presenta es su aplicación directa en los estados miembros que participan en el mismo, sin que precise de normativa de desarrollo en cada Estado miembro. Asimismo, ha de destacarse su carácter imperativo, puesto que se aplica a todo supuesto contemplado dentro de su ámbito de aplicación. No puede dejar de mencionarse su eficacia *erga omnes*, que tiene como consecuencia que las normas referentes a la competencia judicial internacional y derecho aplicable a la sucesión *mortis causa*, se apliquen con independencia de la nacionalidad de las partes implicadas, aun cuando sean nacionales de un estado no miembro de la EU. Esta eficacia *erga omnes* alcanza a la indiferencia de que la ley designada por el reglamento como ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea o no ley de un Estado miembro, tal como dispone el artículo 20 del RES.

El RES ha entrado en vigor en España y en todos los Estados miembros de la UE que participan en este Reglamento el 17 de agosto de 2015¹. Hasta este momento no existía una normativa internacional o europea, rigiéndose el derecho aplicable a la sucesión por la ley nacional del causante, tal y como dispone el artículo 9.8 del CC. En materia de competencia jurisdiccional, hasta el 17 de agosto de 2015 los tribunales españoles venían aplicando el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A partir de esta fecha, sin embargo, deben aplicar el reglamento 650/2012, quedando desactivado tanto el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 9.8 del CC en lo que se refiere a la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*.

Los diversos foros de competencia que establece el reglamento europeo están ordenados jerárquicamente o en cascada, de modo que, como indica Carrascosa², si concurre el primer foro de competencia judicial internacional,

¹ Artículo 84 RES: Entrada en vigor. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 72. Los foros contemplados por el reglamento son, por orden: 1) el de la nacionalidad del causante en caso de elección de ley por el causante, si esa ley es de un Estado

sólo serán competentes los tribunales a los que conduce tal foro, pasándose al segundo sólo si este no concurre y así sucesivamente.

El Reglamento establece un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, a efectos de determinar tanto la competencia como la ley aplicable. El RES ha elegido como nexo real general: «la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento».

Al igual que sucede en los reglamentos en materia de separación y divorcio, se sustituye el criterio de la nacionalidad por el criterio de la residencia habitual, entendido como un concepto fáctico y no jurídico, de ahí que no se defina qué han de entender los tribunales y las autoridades por residencia habitual.

No obstante la carencia de definición, los considerandos 23-25 dan unas pautas para que las autoridades que sustancien la sucesión determinen cuál es la residencia habitual del causante. Precisamente en estas pautas es posible detectar fundamentos romanistas, que pueden utilizarse para interpretar y determinar la residencia habitual de una persona.

En el presente trabajo vamos a tratar los fundamentos romanísticos de los nexos de conexión de competencia judicial internacional en el RES, centrándonos en los acuerdos de elección de foro y el foro general subsidiario de la residencia habitual del causante. La residencia habitual, como es sabido, constituye también el principal punto de conexión del Reglamento en materia de ley aplicable, si bien el estudio de esta va a quedar fuera de nuestro ámbito de investigación.

II. LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

II.1 **La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en el RES**

Conforme al artículo 5 del RES, cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión con arreglo al artículo 22 sea la ley de un Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier

miembro y además ha habido un acuerdo de litigación *inter partes* o una inhibición espontánea en régimen de *semi-forum non conveniens* (artículos 5 a 7 del reglamento); 2) el de su residencia habitual en el momento del fallecimiento –artículo 4–; 3) el del lugar de situación de los bienes –artículo 10– y 4) el *forum necessitatis* (artículo 11).

causa en materia de sucesiones. Se ha destacado cómo, con el establecimiento de dicho punto de conexión se pretende favorecer la correlación *forum-ius*³, objetivo declarado expresamente por el considerando 27 del Reglamento⁴.

Otros reglamentos europeos han utilizado como foro de competencia el acuerdo de elección de foro, como ocurre en el artículo 4 del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 de enero de 2009) o el artículo 25 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351 de 20 de febrero de 2012)⁵. Pero frente a esta normativa, la sumisión expresa tal y como aparece regulada en el RES tiene un campo de aplicación bastante más restringido, al ser únicamente procedente en aquellos supuestos en los que el causante ha elegido como ley aplicable a su sucesión, con los requisitos señalados por el artículo 22, la ley de un Estado miembro. Ello excluye su aplicabilidad a los supuestos de sucesión intestada y de reenvío conforme al artículo 34,1, a)⁶.

³ ODESKY, Art. 9, *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, Otto Schmidt, Köln, 2015, p. 72; BONOMI, A.—WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones: Comentario al Reglamento (UE) num. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, trad. Álvarez González et. al., Thomson Reuters, p. 165; Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 165; LEANDRO, A., *La giurisdizione nel Regolamento dell'Unione Europa sulle successioni mortis causa*, «Il diritto internazionale privato Europeo delle successioni mortis causa», coord. Franzina-Leandro, Giuffré ed., Milano, 2013, p. 68; LAGARDE, P., *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, «Rev.crit. DIP», 101(4), 2012, pp. 723-724; IGLESIAS BUIGES, J.L., Art. 5. *Elección de foro*, en «Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012», dir. Iglesias Buiges-Garín Alemany, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 72. Sobre las distintas vías para obtener la correlación *forum-ius* y la finalmente seguida por el RES vid. ÁLVAREZ TORNÉ, M., *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 115-124. Para esta autora, el Reglamento no ha forzado un paralelismo *forum-ius* incondicional desatendiendo las características propias de cada ámbito, aunque ha favorecido que, en la mayor parte de los casos, la autoridad competente en materia sucesoria aplique su propio Derecho.

⁴ Considerando 27 RES: «Las normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho».

⁵ El reglamento viene a sustituir, salvo para los procedimientos incoados antes de su entrada en vigor, al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I), estableciendo un texto refundido; los acuerdos de elección de foro aparecían también regulados en el artículo 23 del Reglamento de 2001. Hay que tener en cuenta, además, que si bien la UE es parte en el Convenio de la Haya de 2005 sobre Acuerdo de Elección de Foro, el convenio no ha entrado en vigor y, además, de su campo de aplicación quedaba expresamente excluida la materia sucesoria.

⁶ ODESKY, *op. cit.*, pp. 71 s. y *Compétence*, en «Commentaire du Règlement Européen sur les successions», Bergquist-Frimston-Odersky-Damascelli-Lagarde-Reinhartz, Dalloz, Paris, 2015 pp. 63-64. Como indica LAGARDE, *op. cit.*, p. 716, se deja cierto papel a la autonomía de la voluntad en materia de competencia judicial, pero subordinada siempre a la elección por el difunto de la ley aplicable.

Además de la necesidad de que el causante haya optado por su ley nacional según el artículo 22 RES⁷, son requisitos de la validez del acuerdo:

1) En cuanto al *consentimiento*, este ha de ser prestado, según declara el artículo 5, no por el causante, sino por las «partes interesadas» en la sucesión⁸. En cambio, en el sistema de Derecho internacional privado de algunos estados, como en Suiza, se establece que una elección del causante por su ley nacional como ley aplicable a la sucesión, supone la sumisión a los tribunales de dicho Estado.

Según el considerando 28 del Reglamento, se ha de determinar caso por caso si el acuerdo se ha de celebrar entre todas las partes afectadas por la sucesión o si, por el contrario, algunas de esas partes pueden acordar someter una cuestión específica al tribunal elegido, si la resolución que pueda llegar a dictar dicho tribunal no afecta a los derechos de las otras partes en la sucesión. Ello dependerá, en buena medida, de la cuestión objeto de elección de foro.

Observa Bonomi⁹ que habrán de tenerse en cuenta las normas de los respectivos estados nacionales en relación al litisconsorcio, pero que fue-

⁷ ODESKY, *Compétence... cit.*, p. 64, admite que esa elección se efectúe de forma tácita, poniendo en relación esta elección con los supuestos reseñados en los artículos 83.2 y 83.4 del Reglamento Europeo de Sucesiones. En el artículo 83.4, se recoge como elección tácita el supuesto de una disposición *mortis causa* realizada antes del 17 de agosto de 2015, con arreglo a una ley que el causante podría haber elegido, conforme a este reglamento. En este caso, aun cuando no existe elección expresa, el apartado 4 considera que la ley aplicable a la sucesión es la que rige la disposición *mortis causa* realizada. Otros autores como IGLESIAS BUIGUES, *op. cit.* p. 72 o GAUDEMONT-TELLON H., *Droit Européen de Successions Internationales. Le Règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, Paris, 2013, p. 131, consideran que los herederos no podrán concluir un acuerdo de elección de foro a menos que el *de cuius* haya fallecido a partir del 17 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigor del reglamento, pues este acuerdo no puede ser calificado como «disposición a causa de muerte» empleada en los artículos 83.3 y 4 RES, siendo, por tanto, requisito indispensable que el reglamento sea aplicable para que la elección de foro sea posible.

⁸ Al respecto destaca LAGARDE, *op. cit.* p. 723 que la regulación de los litigios sucesorios ya no es una cuestión que afecte al difunto, y no le corresponde modificar con antelación el centro de gravedad determinado objetivamente por el reglamento, en igual sentido ÁLVAREZ TORNÉ, *op. cit.*, p. 164 (quien recuerda, por otro lado, que algunas respuestas al Libro Verde, como las de los gobiernos francés y holandés destacaron la necesidad de admitir con cautela la elección de foro, indicando incluso que sería preciso el acuerdo unánime de todos los herederos, *cfr.* n. 123) y MARONGIU BUONAIUTI, *The EU. Succession Regulation. A Commentar*, dir. Calvo Caravaca-A. Davi –H-P Mansel, Cambridge University Press, 2016, p. 151. El mismo autor destaca como en cambio, en el sistema de derecho internacional privado de algunos estados, como en Suiza, se establece que la elección efectuada por *el causante* de su ley nacional como ley aplicable a la sucesión, supone la sumisión a los tribunales de dicho Estado (p.149). Por lo tanto, una elección de foro efectuada por el difunto no sería vinculante, y sería susceptible de ser revocada por los herederos (ODESKY, *Compétence... cit.*, pp. 66-67).

⁹ BONOMI, *op. cit.*, p. 166, poniendo el ejemplo de la acción sobre entrega de legado que está en posesión de un heredero, donde solo sería exigible el acuerdo entre heredero y legatario; o el de una acción de reducción de una liberalidad, donde solo sería exigible el acuerdo del heredero afectado y el gratificado. A juicio de ODESKY, Art. 9... *cit.*, p. 72, dada la falta de definición de parte afectada, los problemas de delimitación se plantearán fundamentalmente, en los procedimientos no contenciosos.

ra de estas hipótesis solo parece exigirse el acuerdo de las partes en el procedimiento.

En relación a las consecuencias jurídicas derivadas de los vicios del consentimiento, las cuestiones relativas a su interpretación, las cuestiones preliminares (como la capacidad jurídica para concluir un acuerdo de elección de foro, la admisibilidad de una representación, etc.) considera la doctrina¹⁰, que no se regirán por el reglamento, sino *probablemente* por la ley del Estado miembro cuya ley sucesoria ha sido elegida conforme al artículo 22.

2) En cuanto a la *forma*, el Reglamento exige que el acuerdo conste por escrito, con expresión de la fecha y firma de las partes interesadas. Ello excluye, por ejemplo, el simple intercambio de correos electrónicos, salvo que estén firmados electrónicamente por ambas partes¹¹, aunque Odersky considera que probablemente basta con que el documento sea firmado, escaneado y enviado¹².

Hay que destacar la exigencia expresa de la firma, que si bien aparece mencionada en el artículo 7.1 del R. (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como en el artículo 23 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016)¹³ y en el R. (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el

¹⁰ ODERSKY, *Compétence... cit.*, p. 66. En este sentido MARIGORIOU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 159 lamenta que no se haya incluido una previsión similar a la contemplada en el artículo 25 del R. 1215/2012, según la cual el órgano jurisdiccional en cuyo favor se ha realizado la elección de foro será competente «a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro». También favorable en este punto a la aplicación de la ley nacional del Estado miembro a cuya jurisdicción se hayan sometido las partes se muestran IGLESIAS BUIGUES, *op. cit.*, pp. 76, quien observa además que la capacidad de las partes en este punto está excluida del RES, según su art. 1.2 b) y BONOMI, *op. cit.*, p. 167, que no obstante considera que la cuestión del consentimiento quedará normalmente embebida por la de la forma.

¹¹ BONOMI, *op. cit.*, p. 167. Para DEIXLER-HÜBNER, Art. 5, «EuErbVO-Kommentar», Deixler-Hübner/Schauer, MANZ'sche Verlags, Wien, 2015, p. 106, además de la firma electrónica, es admisible el cifrado.

¹² ODERSKY, *Compétence... cit.*, p. 67.

¹³ Artículo 23 *Validez formal del acuerdo de elección de la ley aplicable* 1. El acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016)¹⁴, no aparece, sin embargo, en otros reglamentos europeos¹⁵.

No es preciso, en cambio, el otorgamiento de documento público.

3) Finalmente, en cuanto al *momento* de prestar el consentimiento para el acuerdo, no tiene porqué coincidir necesariamente con el de la apertura de la sucesión, aunque esto sería lo normal, pues con anterioridad puede ocurrir que las partes desconocieran la elección efectuada por el causante en favor de su ley nacional; no obstante en teoría sería admisible la validez de un acuerdo anterior, aunque supeditando sus efectos al momento de la apertura de la sucesión¹⁶.

El acuerdo de elección de foro válidamente celebrado producirá, como indica la doctrina sobre el Reglamento Europeo de Sucesiones, un efecto negativo, derivado de los artículos 5 y 6.b RES (la derogación de la competencia que habría debido conocer del asunto según los criterios de atribución de competencia previstos en el Reglamento) y uno positivo: la prórroga de la competencia del Tribunal elegido (arts. 5 y 7.b RES)¹⁷.

¹⁴ Artículo 23 *Validez formal del acuerdo de elección de la ley aplicable* 1. El acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

¹⁵ Como el artículo 23.2.a) del R. (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de octubre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*Bruselas I*) y el artículo 4.2 del R. (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de obligaciones de alimentos. La inclusión de manera expresa del requisito de la firma en el RES ha sido acogida de manera favorable por ODESKY (*Compétence... cit.*, p. 67) frente a estos textos en los que no se sabe con certeza si la firma es o no necesaria, mientras que MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 157, por el contrario, considera que es tautológico.

¹⁶ MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 152; IGLESIAS BUIGUES, *op. cit.*, p. 71.

¹⁷ Cfr. BONOMI, *op. cit.*, p. 168, ODESKY, *Article 4... cit.*, p. 71, quien observa que aparentemente del acuerdo de elección de foro se derivará una jurisdicción exclusiva diferente, no alternativa, a diferencia de lo que se deduce del inciso final del artículo 4,1 del Reglamento 4/2009, relativo a las obligaciones de alimentos, que reza: «la competencia atribuida por convenio será exclusiva, *salvo pacto en contrario entre las partes*»; en igual sentido CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 76 y CALVO CARAVACA, *op. cit.*, p. 152.

II.2 La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en Roma

II.2.1 ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho romano también conoció la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional distinto al competente, lo que suponía una derogación de los foros generales de competencia. De la materia se ocupaba ya el *fragmentum Atestinum*, que autorizaba a quien era demandado ante un magistrado municipal por una acción de fiducia, sociedad, mandato, tutela, hurto o *iniuria* defenderse en aquel municipio, si este era su deseo, en lugar de ir a Roma, lugar donde le correspondería haber sido demandado, siempre que la causa no superase los diez mil sestercios¹⁸.

La posibilidad de derogación de la competencia, denominada por la doctrina posterior *prorogatio fori*¹⁹, aparece reconocida en varios fragmentos de la compilación justiniana, fundamentalmente D.5.1.1 (*Ulp. l. II ad ed.*), D.5,1,2,1 y 2 (*Ulp. l. III ad ed.*), D.2,1.15 (*Ulp. l. II de omn. Trib.*); D.2,1,18 (*Afr. l. VII*

¹⁸ [*Quei post hanc legem rogatam in eorum quo oppido municipio colonia praefectura foro veico conciliabulo castello territoriove, quae in Gallia Cisalpeina sunt eruntve, ad Ilvirum IIIvirum praefectumve in iudicium fiduciae aut pro socio aut) mandati aut tutelae suo nomine quodve ipse earum rerum ° quid gessisse dicitur, adducetur, aut quod furti, quod ad ho°minem liberum liberamve pertinere deicatur, aut iniuri°arum agatur: sei is, a quo petetur quomve quo agetur, d(e) ° e(a) r(e) in eo municipio colonia praefectura iudicio certa°re 'volet' et si ea res HS cclcc minorisve erit, quo minus ibei d(e) e(a) r(e) ° iudex arbiterve addicatur detur, quove minus ibei d(e) e(a) r(e) iudicium ita ° feiat, utei de iis rebus, quibus ex h(ac) l(ege) iudicia ° data erunt, iudicium fieri ex oportebit, ex h. l. n(ihilum) r(ogatur) (BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, pp. 101-102).*

¹⁹ El término *prorogatio fori* procede de D.5,1,2,2 (*Ulp. l. III ad ed.*) *Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant: nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere, prorogari*; pero hay que observar que en el Derecho Romano dicho fragmento no contempla un supuesto de derogación de la competencia, sino de prórroga temporal del plazo para juzgar, tal como pone de manifiesto la glosa β) a *prorogatio: Hic conuincitur interpretum error, qui putant prorogare iurisdictionem esse, cum ex consensu partium aditum incompetens iudex*. Cviac. FEHI, J. *Corpus Iuris Civilis Iustinianei. Studio et opera Ioannis Fehi*, t. I, Otto Zeller, Osnabrück, ed. facs. de la de 1627, t. I, p. 635. GLÜCK, F., *Commentario alle Pandettete*, t. II, trad. De Marinis, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1895, p. 157. NOODT, *op. cit.*, p. 117, considera que la verdadera *prorogatio* es la relativa al tiempo, para la jurisdicción o imperio propone los términos *prolatio* o *propagatio*, como hace su amigo Jacobus Perizonius, aunque de hecho el uso docente ha llevado a hablar de hecho de «prórroga de jurisdicción». En igual sentido se expresan CRAMER, J. U.-SCHNEIDER, J. L., *Dissertatio iuridica de iurisdictione prorogata*, Marburgum, 1737, p. 3, *schol.* a def. 9 y HEINECCIUS, *Operum*, t. VI, *quo continetur I. Elementa Iuris Civilis secundum ordinem pandectarum, II. Observationes Theoretico-Practicae ad Pandectas*, Genevae, Fratrum de Tourne, 1768, p. 71. Para algunos es posible distinguir una *prorogatio* voluntaria, cuando viene establecida por convención de las partes, y una necesaria, cuando es obra de la propia ley, incluso contra la voluntad de los particulares; pero matizando que solo la *prorogatio* voluntaria es verdadera prórroga de jurisdicción (GLÜCK, *op. cit.*, p. 158). *Cfr.* finalmente PUGLIESE, G., *Il processo civile romano, II, Il proceso formulare*, t. I, Giuffrè ed., Milano, 1963, pp. 164 y ss.

Quaest.); D.50,1,28 (*Paul. l. I ad ed.*); C.2,3,19 y C.3,13,1 pr. y C.3,13,3. La formulación general de la posibilidad de la sumisión se encuentra expresada en:

D.5,1,1 (*Ulp. l. II ad ed.*): *Si se subiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictionis.*

Ulpiano indica que si las partes se someten a una jurisdicción—*si se subiciant alicuqui iurisdictioni*— y lo consintieran, tiene jurisdicción sobre ellas cualquier juez que preside un tribunal, o que tiene otra jurisdicción. Según la glosa a *qui tribunali*²⁰, la expresión «que preside un tribunal» puede comprender tanto a quien preside un tribunal ordinario como al delegado a quien se somete. La jurisdicción a la que se refiere parece ser la civil, aunque en la glosa a *iurisdictionis* se indica que también en la criminal se puede prorrogar la jurisdicción²¹.

La romanística coincide en destacar las interpolaciones existentes en este texto²²; Pugliese²³ destaca en particular la indeterminación del *se subicere iurisdictioni*, la falta de indicación de a qué se refiere la *iurisdictionis*, la mención del *iudex* en lugar del magistrado y la expresión *tribunal praeest*. A juicio de este autor, el jurista severiano únicamente tomaba en consideración la derogación de competencias concretas, en este caso, la competencia por razón de cuantía del magistrado municipal.

Lo mismo sucedería en D.5,1,2,1:

D.5,1,2,1 (*Ulp. l. III ad ed.*) *Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait «quo minus inter privatos conveniat»: sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.*

En este texto Ulpiano pregunta si basta el convenio entre particulares o se precisa también el consentimiento del pretor. El jurista se decanta por indicar

²⁰ FEHI, *op. cit.*, t. I, p. 633, glosa b) *qui tribunali*. *Scilicet* ⁱ *ordinarie & quod subiicit de delegata / i. tribunali praeest qui dicuntur.*

²¹ FEHI, *op. cit.*, t. I, p. 633, glosa c) *scilicet in civile causa. Sed an idem* ^k *in criminali / k) Iurisdictionis utrum possit prorogari in criminalibus.*

²² *Vid.* LEVY–RABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, p. 67 y t. III, 1935: a) *inter-iurisdictionis: quaedam T esse susp.* Jörs Pauly-Wissowa RE 5,536; – b) *iudicis-praeest; quaedam T esse susp.* Pernice SZ 14, 136, n. 5– c) *iudicis T?* Lenel Ulp. 194; –d. *iudicis T? d. tribunal-vel T?* Seckel s.v. *praeest* 1, tribunal 2; Suppl. p. 84: *iudex (a principe) Wlassak Jud bef 63 sqq.* GIRARD, P. F., *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, «ZSS», 34, 1913, p. 335; PUGLIESE, p. 162 ss. y ZILETTI, U. *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*, Milano, Giuffrè ed., 1961, pp. 356-357.

²³ PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

que basta con el consentimiento de los particulares, sin que sea necesario el consentimiento o conocimiento –*scientia*– del pretor²⁴.

Pugliese²⁵ indica que en este fragmento se estaría haciendo referencia a la posibilidad de comparecer ante un pretor distinto del competente. El acuerdo debía de constituir una derogación de la competencia por razón de la materia, pues la diferente competencia de un pretor respecto a otro no podía depender de razones de cuantía o territorio. En opinión del jurista italiano, es dudoso que en la época clásica se hubiera llegado a formular un principio general según el cual las partes, de común acuerdo, habrían podido libremente someterse a cualquier magistrado; por ello estima que la derogación convencional que inicialmente tomaban en consideración los juristas consistía en el acuerdo de someterse al pretor urbano o al peregrino²⁶, posibilidad ya habría sido admitida por la *lex Iulia de ordo iudiciorum privatorum*²⁷, de la época de Augusto²⁸. Posteriormente, los pasajes se interpolarían para tratar de generalizar el pensamiento de Ulpiano.

La siguiente constitución del emperador Caracalla fechada en el año 214 hace referencia a una sumisión (en este caso tácita) en favor del *procurator augusti*:

C.3,13,1. *Imperatores Severus, Antoninus. Non quidem fuit iudex procurator noster in lite privatorum: sed cum ipsi eum iudicem elegeritis et is consentien-*

²⁴ Vid. Glosa *privatorum: etsi praetor non a est praesens: patitur tamen post ante se litem contestari/ a) In iurisdictionis prorogatione, quae sit de persona ad personam, non requiritur scientia, vel consensu iudicis.* (FEHI, *op. cit.*, t. I, p. 634).

²⁵ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 163.

²⁶ La alusión al Pretor se repite en los fragmentos relativos a la *prorogatio fori*: D.5,1,2, pr., D.5,1,2,1,D.2, 1,15 y D.2,1,18. En D. 2,1,15 se habla también de sumisión a la jurisdicción del presidente y en el CJ. 3,13,1 de sumisión en favor del *procurator augusti*. Sobre la delimitación de competencias entre los pretores urbano y peregrino *vid.* BERTOLDI, *op. cit.*, p. 199 y ss. Recuerda esta autora que dichas competencias no venían atribuidas por la elección popular, sino con la posterior *sortitio provinciarum* por parte del Senado antes del inicio del año judicial.

²⁷ Como observa GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 156, lo que concretamente señalaba la *lex Iulia* en cuanto a la extensión de la jurisdicción, Ulpiano no lo dice expresamente, sino que se limita a indicar «que no se convenga entre particulares»– *quo minus inter privatos conveniat*–. Según BERTOLDI, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Giappichelli ed., Torino, 2003, p. 202, la *lex Iulia* habría previsto una distinción de competencias entre el pretor urbano y peregrino, pero también habría regulado la posibilidad de derogarla, dándose determinados requisitos.

²⁸ En el pasado se debatió extensamente sobre la atribución de dicha ley a Julio César o a Octavio Augusto (la atribuyen al primero, por ejemplo, GOTHOFREDO, *op. cit.*, t. I, p. 372, n. 14; MOMMSEN, *Droit Penal*, I, 148). Sobre esta cuestión *vid.* BERTOLDI, *op. cit.*, p. 7 y ss., GIRARD, p. 344 y ss., GLÜCK, *op. cit.*, p. 155, ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1966, pp. 450 y ss. Actualmente esta ley que, como es sabido, completa la sustitución del procedimiento de las *legis actiones* por el formulario, se considera que fue aprobada en el año 17 a.C., en correspondencia o acaso en un único texto con la *Lex Iulia de ordo iudiciorum publicorum* (*cfr.* TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, voz «Lex Iulia (octaviana) iudiciorum publicorum», Edisofer, Madrid, 2005, p. 612). La *lex Irnitana* se refiere en su capítulo 94 a «la ley Iulia recientemente aprobada sobre juicios privados»–*legis Iuliae quae de iudic(i)s privatis proxime lata est*– (D'ORS, A. y J., *Lex Irnitana*, texto bilingüe, Universidade de Santiago de Compostela, 1988, pp. 78-79).

tibus adversariis sententiam tulerit, intellegitis vos adquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae, cum et procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas, et vos incongruum eum esse vobis iudicem scientes tamen audientiam eius elegistis.

Esta constitución imperial se dicta a propósito de un litigio entre unos particulares que eligieron juez al *procurator augusti*, que no era competente en el mismo, consintiendo sus adversarios. El *procurator* pronuncia sentencia.

En este caso el emperador sostiene que deben aquietarse a la cosa juzgada con su consentimiento, porque sabiendo que él no era competente para juzgar en ese litigio eligieron su tribunal. Esta solución se establece como norma para otros supuestos referentes a otros jueces semejantes y con independencia de que la sumisión se produzca por el actor o por el demandado.

Según Pugliese, tampoco esta constitución justificaría un principio general de admisibilidad de la *prorogatio fori* en la época clásica, al tratarse de un caso de *cognitio*²⁹, no pudiéndose transferir el mismo principio al ámbito de la *iurisdictio* en sentido técnico, concluyendo que probablemente los clásicos valoraban caso a caso la idoneidad del magistrado o funcionario en cuyo favor se operaba la derogación.

El derecho común admitió la prórroga de la competencia, de modo que en siglo XVII Voet llega a afirmar que la jurisdicción se tiene o por concesión del Príncipe, por la voluntad concurrente de los particulares³⁰.

Como señalaba Glück³¹, los límites de la jurisdicción forman parte de la constitución de un estado, no pudiendo, en principio, ser dicha jurisdicción

²⁹ En igual sentido KASER, *op. cit.*, p. 184 y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Estudios de Derecho procesal civil romano*, S.P. Universidade da Coruña, 1999, p. 185. La eficacia del acuerdo tácito de someterse al *procurator augusti* se justifica en este caso, explica PUGLIESE, *loc. ult. cit.*, porque este, a pesar de su incompetencia específica, todavía tiene *iudicandi potestas*. La decisión – añade – parece un corolario del principio de que, si se escoge un funcionario o magistrado dotado de *iudicandi potestas*, de él se puede sustraer el juicio. Aclara GOTHOFREDI, D., *Corpus Juris Romani*, t. IV, Neapoli, 1830, p. 272 que el *caesaris procurator* no dirime juicios entre particulares, sino entre estos y el fisco (C.2,36,1).

³⁰ VOET, J., *Commentarius ad Pandectas*, t. I, Parisiis, 1829, p. 124: *jurisdictionem aliam ex sola Principis concessione competere, aliam concurrente privatorum facto, seu prorogatione.*

³¹ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, t. II, trad. De Marinis, Leonardo Vallardi, Milano, 1895, p. 155. Cita el jurista alemán los siguientes fragmentos: D. 2,14,38 (Pap. I. II *Quaest.*), en cuya virtud el Derecho público no puede ser alterado por pactos de particulares –*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*– y D. 50, 17,27 (Pomp. I. XVI *ad sab.*), según el cual no se ha de alterar alguna cosa por convención de los particulares ni en el derecho civil ni en el pretorio, aunque las causas de las obligaciones se pueden alterar por pacto y de derecho y por la excepción de pacto convenido, porque el modo de las acciones introducido en la ley, o por el pretor no es invalidado por pactos de los particulares, a no ser que se haya convenido entre ellos al incoarse la acción: *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.*

abolida o alterada por la voluntad de los particulares. Sin embargo, pueden presentarse casos en los que el reconocimiento de un juez que, de otro modo sería incompetente, sirve para facilitar el acceso a la justicia, pues a las partes puede resultarles más gravoso acudir al juez ordinario; por ello la ley permite, dentro de ciertos límites, la prórroga de la jurisdicción.

II.2.2 REQUISITOS DEL ACUERDO DE SUMISIÓN

Para que el acuerdo de sumisión ante un determinado órgano jurisdiccional produjese sus efectos, los juristas romanos exigían la concurrencia de una serie de circunstancias³², referidas, de un lado, a la persona cuya competencia podía ser prorrogada y de otro, al consentimiento de las partes, y que pasamos a analizar a continuación.

A) Autoridad frente a la que puede efectuarse la *prorogatio fori*

En general, se entiende que la sumisión únicamente podía tener lugar en favor de quien tuviera jurisdicción³³ –*qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet*, dice Ulpiano en D.5,1,1–.

En este sentido, una constitución de Diocleciano y Maximiano, recogida en C.3,13,3, señala que el consentimiento de los particulares no hace juez al que no tiene jurisdicción alguna –*qui nulli praeest iudicio*–³⁴.

Es cierto que las partes podían someter su controversia a un particular –arbitraje– pero en este caso no se le estaría dotando de jurisdicción³⁵.

Glosadores y comentaristas interpretaron el texto considerando que, si bien los particulares a título individual no podían otorgar jurisdicción, sin em-

³² DONELLI, H., *Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili*, t. IV, Florentiae, 1842, col. 1256 exige tres requisitos para la validez de la sumisión: a) sometimiento a una jurisdicción –*si se subjiciant iurisdictioni*– tanto por convención expresa (que además debe ser justa y legítima) como tácita, b) que las dos partes consientan –*si consentiant*– y c) que el juez tenga la jurisdicción por sí mismo –*si is sit iudex, qui aliquam per se iurisdictionem habeat*–.

³³ A propósito de la *iurisdicatio vid.* PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 113 y ss. CUIACII, J., *Opera ad parisien- sem fabrotianam editionem*, in XIII. Tomos distributa, t. III, Prati, 1837, p. 35, definía la jurisdicción en sentido propio como *Notio jure magistratus competens*; a lo que POTHIER añade (*op. cit.*, p. 9): *proinde consistit in decernendo et dandis Judicibus*.

³⁴ CJ. 3.13.3. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IUDAE. *A 293 S. VI K. IAN. AA. CONSS.’

³⁵ GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 193, n. 84.

bargo, los colegios o *universitas*, como la de los obreros –*cerdonum*³⁶–, curtidores de pieles –*pellipariorum*– u otros similares, en cambio sí podían, utilizando como argumento la auténtica *de defensores civitatibus*.

El problema que surgía a continuación era el de si se requería la confirmación por un superior, pues tanto en C.1,55,8 como en la Nov. 15,1,1 se establecía la necesidad de que el *praefectus praetorio* confirmase la autoridad del *defensor civitatis* nombrado por obispos, clérigos, honorables, poseedores, y curiales³⁷. Finalmente se entendió que las *universitas* confieren jurisdicción, pero que los efectos de la misma no se tienen hasta la confirmación por el *praefecto praetorio*.

También se observó que la prórroga de jurisdicción no procede respecto a otros oficios en los que no hay jurisdicción, como en el caso de los tabeliones, cuyo oficio no se puede prorrogar³⁸.

La siguiente cuestión que se plantea es la de la determinación de ante qué autoridad concreta dotada de jurisdicción podían someterse las partes; por ejemplo, en el caso de competencia por razón de la materia se discute si únicamente cabía la sustitución del pretor urbano por el peregrino o viceversa, o si podía alcanzar a otros pretores con funciones especiales, como el pretor fideicomisario, el de *liberalibus causis*³⁹, etc.

³⁶ Nombre que se encuentra en varios pasajes, designando un oficio siempre aplicado a esclavos u hombres de la más baja condición (Daremberg-Saglio, voz «cerdo», *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. I-2, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Graz, 1969, p. 1020).

³⁷ AZONIS, *Lectura super codicem*, «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», t. III, Augustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1966, p. 188 (ad. CJ. 3,13,3): *PRIVATORVM. praeterea intellige de priuatis dignitati. nam praeses vel praetor vel similes dare possunt iurisdictionem: ut s. qui pro sua iurisdictione iudices dare darive possunt. praeterea intellige de priuatis qui non constituunt vniversitatem in civitate aliqua vel municipio. Illi enim +dare possunt iurisdictionem: vt j. authen. de defenso. Ciuit.; ACCURSIO, Glossa in Codicem*, «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», t. X, Augustae Taurinorum, p. 72, ad l. *Privatorum* (C.3,13,3): *putà duorum, vel trium, vel quatuor nam secus in consensu aliucuius collegii, putà cerdonum, pellipariorum & similium, vt j. eod. l. fin. Item secus in consensu vniversitatis: ut in authent. De defen. civi, circa princip. § j. in fin. coll. IIII. Nec obstat quod ibi dicit est confirmando a praefecto pretorio sed dico quod habet iurisdictionem statim facta electione habent iurisdictionem sed non effectum iurisdictionis. BALDO UBALDI Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis lib., Lugduni, 1585, p. 209, ad l. *privatorum* (C.3,13,1): *privati vt singuli non possunt vt hic, sed vt collegium probatum, vel vniversitas approbata: sic: utin contrarii. Sed contra hoc opponitur, quia+immper etiam si est collegium, vel vniversitas, requiritur confirmatio superioris, vt d. § in interim. Solu. Concedo quod vniversitas confert iurisdictionem: sed effectum iurisdictionis+electus non habet nisi per confirmationem superioris, vunde non potest iurisdictionem exercere ante confirmationem.**

³⁸ BALDO UBALDI, *Commentaria in primam Digesti Veteris... cit., fol. 283, ad l. si se subiiciant* (D. 5,1,1), recogiendo el pensamiento de G.: *vsque ad versi IX dicit G. materia prorogationis procedit in his, quae iurisdictionem sapiunt, non in aliis officiis, vt in tabellio natu, cuius officium non potest prorrogari.*

³⁹ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 163 apunta la posibilidad de que la expresión «un pretor por otro», inicialmente referida al acuerdo de someterse al pretor urbano por el peregrino o viceversa, quizá fuera sucesivamente interpretada en sentido extensivo, viniendo a referirse también a los numerosos pretores, a los que en la época imperial se les confiaban tareas no propiamente jurisdiccionales (fideicomisarios, tutelares,

En general, se estimó que además de tener jurisdicción en general, la autoridad en cuyo favor se opera la delegación ha de tener jurisdicción en la especie a la que pertenece la cuestión prorrogada⁴⁰, y que, en consecuencia, no se podía prorrogar la jurisdicción en favor de quien tenga competencia para juzgar en causas de diverso género a la prorrogada. Así lo indica Pothier⁴¹ poniendo el ejemplo del *latrunculator*, que no podía juzgar en asuntos pecuniarios, conforme a D.5,1,61,1 (*Ulp. l. XXVI ad ed.*)⁴².

En materia criminal fue discutida la posibilidad de efectuar una *prorogatio fori*; siendo admitida por algunos⁴³, como Azón⁴⁴ y negada por otros, como Baldo de Ubaldis⁴⁵ o Voet⁴⁶, por entender que el reo puede ser aprehendido en

subastas...). Para KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1966, p. 184, n. 44, es dudosa la validez del compromiso de acudir a magistrados o funcionarios que no tendrían acceso al procedimiento formulario. GIRARD, *op. cit.*, p. 336 considera que la prórroga no puede alcanzar más que a una autoridad que tenga la *iurisdictio inter privatos*, es decir, investida de jurisdicción civil, que puede ser la jurisdicción extraordinaria en tiempos de Ulpiano, alcanzando a los pretores extraordinarios –pero nunca en materia penal– y que en tiempos de la *lex iulia* solo podían alcanzar a los pretores con jurisdicción civil del *ordo*. En relación con los gobernadores de provincias y los magistrados municipales, entiende que la posibilidad de prórroga está constatada al menos desde los Severos, siendo posible su vigencia con anterioridad. ROBLES REYES, *op. cit.*, p. 129, se muestra partidario de hacer una interpretación extensiva, de modo que la prórroga alcance a pretores con funciones especiales.

⁴⁰ GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 193.

⁴¹ POTHIER, R.J., *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae, cum legibus, codicis et novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogat*, t. I, Parisiis, 1818, p. 70.

⁴² D. 5,1,61,1 (*Ulp. l. XXVI ad ed.*) *Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest*. Explica POTHIER, *op. cit.*, p. 70, n. 6, que el *latrunculator* era el magistrado encargado de perseguir a los ladrones y de investigar los casos de latrocinio.

⁴³ Vid. sobre este punto la glosa de GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el IX*, t. IV, Barcelona, 1844, a Part. 7,1,15 (p. 30, n. 16).

⁴⁴ AZONIS, *Lectura... cit.*, p. 190 *ad l. quaestiones*, (C.3,15,1): se aplica la jurisdicción del juez extraordinario si sabe que no es su juez y no opone la excepción desde el principio –*forte apud + extraordinarium iudicem, si s. scivit non suum iudicem nec opposuit exceptionem in principio*– pero si verdaderamente ignora que es su juez, será nula la sentencia –*si vero ignorasset suum iudicem non esse, non tenet sententia*–. SPIEGEL, I. *Lexicon Iuris Civilis*, Basileae, 1549, p. m 2 vta., formularía la máxima de que se entiende que se someten a la jurisdicción aquellos que saben que no están sujetos a ella y sin embargo consenten –*Consentire iurisdictioni videtur qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiunt*– (Cfr. DOMINGO, R. ORTEGA, J., RODRÍGUEZ ANTOLÍN, B., ZAMBRANA, N., *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 90, n° 194).

⁴⁵ BALDO UBALDI, *Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis... cit.*, fol. 208 va. *ad l. non quidem* (CJ. 3,13,1)– *prorogationem impedit qualitas cuasarum: puta si sint causae criminales*. No obstante, admite que se puede prorrogar en favor de quienes tienen mero imperio, pero no en el caso contrario: *in quo dico quod potest fieri prorogatio in habentem merum imperium: sid si non habentem merum imperium, non potest fieri prorogatio criminalium causarum & ita debet intelligi glos*. Define HEINECCI, I. G., *op. cit.*, p. 69, el mero imperio como aquel que incluye la *potestas gladii*, especialmente concedida por ley, para advertir a los criminales –*potestas gladii, ad animaduertendum facinorosos homines, speciali lege concessa*–. Al mero imperio se opone el *imperium mixtum*, que solo permite la *modica coercitio* que está unida a la jurisdicción –*modica coercitio, quae iurisdictioni cohaeret*.

⁴⁶ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, t. I, Parisiis, 1829, p. 134, n. XXXVII: *in criminalibus denique causis frustranea plerumque est prorogatio, cum reus criminis comprehendi ubique possit, et reatus omnem plerumque dignitatem excludat, faciatque cessare fori praescriptionem*.

cualquier lugar y que los crímenes excluyen su dignidad, haciendo cesar la prescripción de fuero. Se citan al efecto los siguientes textos:

1) Una constitución de los emperadores Severo y Antonino, del año 196 d.C., recogida en C.3,15,1, en la que dichos emperadores recuerdan, como cosa ya sabida, que las causas por crímenes, ya sean penados por las leyes o extraordinariamente, deben concluirse donde aquellos se cometieron o se empezaron o donde son hallados los acusados del crimen⁴⁷.

2) Una constitución de Constantino dirigida a Octaviano, *Comes Hispaniarum*, que nos trasmite C.3,24,1, y fechada en el 317 d.C., por la que se somete a las leyes públicas en la provincia en que perpetró el delito –*intra provinciam in qua facinus perpetravit*–, sin posibilidad de utilizar la excepción de fuero, al que, gozando de esclarecida dignidad, hubiere cometido determinados delitos, tales como el rapto de una virgen, la invasión de algunos límites o ser sorprendido en alguna culpa o crimen, pues el delito excluye todo honor de esta naturaleza –*omnen enimhuiusmodi honorem reatus excludit*.

3) Un fragmento de Paulo, contenido en D.1,18,3 (*Paul, l. XIII ad Sab.*) donde el jurista recuerda que el presidente de una provincia, a pesar de tener imperio tan solo sobre los hombres de su provincia – y esto mientras reside en ella, pues si sale se le considera como un simple particular–, sin embargo, a veces tiene potestad también sobre los extraños, si hubieren cometido algún delito con armas, pues en los mandatos de los Príncipes se expresa que el presidente de la provincia debe purgar a esta de hombres malvados, sin hacer distinción de su lugar de procedencia.

4) Por último, un texto de Ulpiano recogido en D.1,18,13, pr. (*Ulp. l. VII de off. Proc.*) en el que el jurista severiano recuerda el deber del Presidente de cuidar de que la provincia que gobierna esté pacífica y quieta, labor que conseguirá fácilmente si procura que la provincia esté libre de hombres malvados –entre los que menciona expresamente a sacrílegos, ladrones, plagiarios y rateros–, los persigue, castiga y reprime a sus encubridores.

A juicio de Noodt⁴⁸, seguido por Glück⁴⁹, la *lex iulia iudiciaria* permite únicamente la *prorogatio fori in causae privatae* pues la regulación de los *crimina* quedaba fuera del ámbito de la ley.

⁴⁷ C.3,15,1. *Imperatores Severus, Antoninus. Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est.* * SEV. ET ANT. AA. LAURINAE. *A 196 PP. IIII NON. OCT. DEXTRO II ET PRISCO CONSS.' Siglos más tarde IRNERIO, en su *Summa in Codicis*, recordará que el foro competente para la represión del delito es el del lugar donde fue cometido o donde fue aprehendido el delincuente (FITTING, H., *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*, Berlin, 1894, p. 51).

⁴⁸ NOODT, G., *Opera varia, quibus continentur Probabilium Juris Civilis, libri IV; De iurisdictione et Imperio, libri II, Ad legem Aquiliam liber singularis*, Lugduni, apud Fredericum Haaring, 1705, p. 127 (De iurisdictione et imperio, l. II, cap. 15).

⁴⁹ GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 198.

Cramer y Schneider⁵⁰, por su parte, entienden que es la utilidad pública la que exige que las penas se impongan a los delincuentes en el lugar de comisión del delito.

En Derecho común se han distinguido varios tipos de prórroga de jurisdicción: *de persona ad personam*, *de re ad rem*, *de loco ad locum* y *de tempore ad tempus*⁵¹.

En relación con la *prorogatio de persona ad personam* se ha señalado desde antiguo que para la validez del acuerdo era necesaria la voluntad de las partes, pero no así la del magistrado⁵², y así se pronuncia Ulpiano, recordando que la *Lex Iulia de ordo iudiciorum privatorum* únicamente se refería a «lo que no se convenga entre los particulares», y que, por tanto, bastaba el consentimiento de estos (D.5,1,2,1, *Ulp. l. III ad ed.*). El fundamento de esta disposición radica, según Donello, en que el pretor tiene la jurisdicción por sí mismo y no la recibe del consentimiento de los particulares⁵³. De ahí el requisito de que las partes sólo se podían someter a una autoridad dotada de jurisdicción, según se ha señalado anteriormente.

Por lo que se refiere a la *prorogatio de re ad rem*⁵⁴, se admite comúnmente la posibilidad de que las partes, si consienten en ello, puedan litigar por mayor cuantía de la que habitualmente les corresponde ante los magistrados municipales, con base en D.50,1,28 (*Paul, l. I ad Ed.*) –*Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur*⁵⁵– y D.5,1,74 (*Iul. l. V dig.*), según

⁵⁰ CRAMER-SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 28: *Reum delinquentem poenae in loco delicti commissi subijci utilitas publica exigit.*

⁵¹ BALDO UBALDI, *Commentaria in primam Digesti Vetus... cit.*, fol. 284 v., ad l. *sed si iudex*– (D.5,1,2,2.).

⁵² D.5,1,2,1 (*Ulp. l. III ad ed.*) *Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait « Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait «quo minus inter privatos conveniat»: sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.»: sufficit ergo privatorum consensus. FEHI, *op. cit.*, t. I, p. 635, gl. c. *Privatorum. etsi praetor non est praesens: patitur tamen post ante se litem contestari: ad In iurisdictionis prorogatione, quae sit de persona ad personam, non requiritur scientia vel consensus iudicis: secus in ea, quae sit de tempore ad tempus*; BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1570, fol. 152 va. *ad l. consensisse* (D. 5,1, 2, pr.).*

⁵³ DONELLO, *op. cit.*, p. 1263. *Nam praetor ipse per se iurisdictionem habet, non ex privatorum consensu accipit.*

⁵⁴ BALDO UBALDI, *Commentario in primam Digesti Veteris... cit.*, fol. 284 va. *l. sed si iudex* (D. 51,2,2) *Vt si iudex habebat iurisdictionem vsque ad x. libras, & prorogatur vsque ad xx. vel ad mille, ad municipa. l. inter convenientes.*

⁵⁵ ACCURSIO, *Glossa in Digestum vetus... cit.*, p. 534, gl. *inter a inter convenientes* (D. 50,1,28) niega que se pueda consentir en causas de mero imperio, pues tales causas máximas exigen jueces máximos. Lo mismo ocurren en las causas de imperio mixto, que también precisan de jueces máximos. Por tanto, las causas pecuniarias deben ser entendidas como aquellas en las que antiguamente se podía conocer hasta 100 áureos, de conformidad a los establecido en C.1,55,1: *...sed secundum hoc nunquid potest vnus in*

el cual el juez a quien se demandó juzgar hasta cierta suma, puede también juzgar en asunto de una cuantía mayor, si así se conviene entre los litigantes⁵⁶.

También suele admitirse la posibilidad de derogación de competencia por razón del territorio –*de loco ad locum*–⁵⁷. Sin embargo, ello no supone que pueda otorgarse competencia a un juez fuera del territorio en el que este tenga jurisdicción⁵⁸.

Recuerda Noodt⁵⁹ que según Paulo se desobedece impunemente al que administra justicia fuera de su territorio, o si quisiera administrarla excediéndose de su jurisdicción (D.2,1,20 –*Paul. l. I ad Ed.*)– En tales supuestos, aclara Voet⁶⁰, el presidente o *praefectus urbi* que está fuera de su provincia se considera como un simple particular.

En cuanto a la prórroga de competencia *de tempore ad tempus* (la auténtica *prorogatio fori* según la terminología empleada en las fuentes romanas) debe tenerse en cuenta que, a semejanza del caso anterior, no puede prorrogarse la jurisdicción de un juez a un momento en el que ya no la tenga porque deba cesar de su cargo, pues a partir del cese el juez debe ser considerado como un particular⁶¹. A lo largo de la recepción se fue precisando que, a diferencia de la *prorogatio ad personam*, este tipo de prórroga requiere el consentimiento del juez además del de los particulares⁶².

eum consentire de causis meri imperii? Respond. Non: cum tales causae maximae máximos exigant iudices...idem puto in causis mixti imperii: illae máximos iudices exigunt. De causis ergo pecuniariis debet intelligi in quibus tantum vsque ad centum aureos poterat olim cognoscere: ut C. de defens.civitate.l. j.

⁵⁶ D.5,1,74 (*Iul. l. V Dig.*), *Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

⁵⁷ PUGLIESE, *op. cit.*, p.167, justifica la ausencia de fuentes jurídicas que contemplan expresamente la derogación de la competencia por razón del territorio en el hecho de que, al tratarse de una derogación obvia, no tenía por qué ser consentida por norma expresa; además de que, por otro lado, quedaba reflejada en algunas fuentes literarias: Catón, *De agr.* 149, que habla de una cláusula que se insertaba en los contratos agrarios (*Si quid de iis rebus contraversiae erit, Romae iudicium fiat*) en cuya virtud las partes podían acudir al pretor urbano en lugar del *praefectus iure dicundo* y Cic. *Pro Tull.* 8,20 y *Verr.* 2,5,13,34, que refleja otro sistema: hacer prometer al demandado en forma de *vadimonium* la comparecencia ante el pretor en un día determinado (*vadimonium Romam promissum*).

⁵⁸ *Cfr.* GLÜCK, *op. cit.*, t. II, pp. 196 y ss. Ni siquiera –aclara el jurista alemán– pueden las partes a su arbitrio prorrogar la competencia del juez dentro de su circunscripción *de loco ad locus*, citando como ejemplo el de la *bonorum possessio* que se da en el tribunal –*pro tribunali*– (D. 38, 15, 2, *Ulp. l. XLIX ad ed.*).

⁵⁹ NOODT, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁰ VOET, *op. cit.*, ad l. II, t. 1, cap. XXXIII: *Quamprimum enim vel praeses, vel urbi praefectus urbi, aliusve similis suam provinciam aut jurisdictionem territorium egressus est, pro privato habetur.*

⁶¹ GLÜCK, *op. cit.*, p. 197.

⁶² BALDO DE UBALDIS, *Commentario in primam Digesti Veteris...* cit., fol 284 va. l. *sed si iudex* (D, 5,1,2,2): *Ítem not. In +prorogat de tempore ad tempus requiritur consensus iudicis, praestat, & facit argu.ad ídem s. de argi. l. si cum dies in prin. & Labeo & C. locati. l. si cum Hermes.* Se apoya aquí el comentarista en CJ. 4,65,7, según el cual, si al tomar Hermes en arrendamiento por un quinquenio el impuesto de las octavas obligaste tu fianza, y después, habiendo transcurrido el espacio de este tiempo, no prestaste tu consentimiento al ser mantenido como idóneo en el arrendamiento el mismo Hermes, sino que

B) *El consentimiento de las partes*

El consentimiento de las partes había de reunir determinados requisitos, que Pothier⁶³ sintetiza de la siguiente manera: 1º) debía tratarse de un consentimiento libre de error, pues quien yerra no consiente 2º) el consentimiento había de ser espontáneo, lo que comportaba ausencia de violencia o intimidación, por lo que si se prestaba obligado por la pretura –*viribus Praetura compulsus est*– ello excluía la jurisdicción 3º) se debía perseverar en el consentimiento, es decir, la *mutatio voluntatis* excluiría la prórroga de competencia y 4º) no se requería que fuera manifestado de forma expresa, siendo admisible el consentimiento tácito.

Respecto a la capacidad de las partes, se considera que solo quienes tiene capacidad de contratar y de comparecer en juicio podrán prorrogar la jurisdicción, y que, en consecuencia, en nombre de los pupilos y menores podrían realizar la *prorogatio fori* sus tutores y curadores, aunque un *procurator*, sin embargo, no podría hacerlo sin un poder especial de su principal⁶⁴.

El consentimiento ha de ser válido, lo que implica ausencia de vicios. En particular, se constata una especial preocupación en los juristas romanos por determinar los efectos del error como vicio del consentimiento.

En el siguiente pasaje, Ulpiano afirma que el error, ya recaiga sobre la persona del magistrado, ya sobre su competencia, anula lo actuado ante el pretor:

D.2.1.15 (*Ulp. l. II de omn. Trib.*). *Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. Nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?*

La mención de *alius pro alio* suele entenderse en el sentido de tomar al pretor urbano por el peregrino, o viceversa⁶⁵. Los glosadores y comentaristas

pediste que se te devolviera la caución, el juez competente no ignorará que no se te debe sujetar a la responsabilidad del riesgo posterior. En igual sentido, BARTOLO, *In primam Digestum vetus... cit.*, p. 152 v. (ad l. consensisse, D. 5,1,2, pr.). Vid., además, FEHI, *op. cit.*, t. 1, p. 634.

⁶³ POTHIER, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁴ GLÜCK, t. II, *op. cit.*, p. 165; BALDO UBALDI *Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis... cit.*, fol. 208 va., *ad l. non quidem* (CJ 3,13,1).

⁶⁵ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, «Corpus Glossatorum Juris Civilis», t. VII, Augustae Taurinorum, 1959, p. 44, gl. *Alius pro alio ad Si per errorem: putá vrbanus pro peregrino*. FEHI, t. I, *op. cit.*, p. 133, pone el ejemplo de la elección por error del pretor urbano en lugar del peregrino, estando en la ciudad de Roma. Considera que en tal caso el convenio no es válido. También aclara que la referencia a Juliano –*ut Iulianus scribit*– debe entenderse hecha a D.5,1,2, pr.

indicaron que el error en la sumisión comprende tanto el error de hecho como el de derecho⁶⁶, pues el que yerra no consiente⁶⁷.

Un caso de error de hecho sería, justamente, confundir el pretor urbano con el peregrino; por el contrario, sería un error de derecho considerar que el pretor urbano puede conocer de las causas de los peregrinos⁶⁸.

Se han mencionado, como otros ejemplos de error en la persona del juez, el supuesto en el que alguien se somete a la jurisdicción de un pretor no fideicomisario en un asunto sobre fideicomisos, o si se sigue ante el *procurator Caesaris* una audiencia en causa privada, pensando que se trataba del ordinario⁶⁹. Godofredo⁷⁰ contrapone esta situación a la de quien obtiene la posesión por voluntad del heredero que comete un error, a quien solo se concede acción para reclamar lo que exceda de los tres cuartos de la *lex falcidia* (D.35,2,1,11, *Paul. l. sing. ad l. falcidiam*).

Pero el error no es la única causa por la que se puede viciar un acuerdo de elección de foro, y así, se ha puesto de relieve que también el miedo puede viciar el consentimiento. Precisamente el inciso final del fragmento que se comenta, en el que Ulpiano se pregunta retóricamente qué hay más contrario al consentimiento que el error, que revela la impericia –*quid enim tam contra-*

⁶⁶ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 44, gl. *nihil ad si per errorem: quandoque tamen error facit ius, si est communis*.

⁶⁷ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 44, gl. *Error. Not. Errantem non consentire sic. L. de adquir. re. do l. si procurator. Arg. Contra j. de iuiu. l. eum qui de iniur. Ad leg. Falc. l. j. si legatarius*. A título de ejemplo, BARTOLO DE SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partes*, Venetiis, 1570, p. 52, (*Si per errorem*) acude a la distinción entre error en la causa *solvendi* y el error en la cantidad. Mientras que el error en la causa de pago vicia el consentimiento, al tratarse de un error en la causa principal del negocio, el error en la cuantía se entiende que no produce semejante efecto: *Tu dicas secundum Bartol. Hic quod ibi consensit in soluendo, licet errauerit in quantitate patrimonii & sic error impedit etiam consensum circa id, in quo erratur; non circa id in quo consensit, vt in contrario, ita loquitur totus titulus de condict. inde. vbi erratur in causa solutionis, non in soluendo*.

⁶⁸ Cfr. FEHI, t. I, *op. cit.*, p. 133 (gl. *Detegit a si per errorem* – D. 2,1,15) Para GUILLELMUS (Guarnerius según Bartolo) el error de hecho perjudicaría tanto antes como después de la *litis contestatio*, mientras que el segundo solo perjudicaría antes de esta. ACCURSIO reprueba esta opinión, considerando que no hay que distinguir entre errores, entre otras razones, porque se menciona la impericia, y esta se refiere tanto al error de derecho como al de hecho. Dentro del error de hecho Guillelmus establecía, a su vez, dos hipótesis: si erraba el actor y ello no perjudicaba al reo o si erraba y ello le perjudicaba, porque el fuero se valora según la persona. Nuevamente ACCURSIO rebate este argumento entendiendo que no debe claudicar el juicio si no hay justa causa, con apoyo en C. 2,13(12),14, donde se recoge una constitución del emperador Gordiano del año 241 en la que se recuerda que es costumbre que la edad favorezca a los menores, no que les perjudique en los negocios concluidos de forma favorable, por lo que se estima válida la sentencia favorable a una menor de veinticinco años defendida por su marido sin intervención del curador.

⁶⁹ DONELLO, *op. cit.*, col. 1.262. Sobre el *procurator Caesaris vid.* CUIACIO, t. IV, p. 1710, l. XIX sub *cum procurator l. 23 de apell.* y GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 195 así como la bibliografía allí citada.

⁷⁰ GOTHOFREDI, *op. cit.*, t. I, p. 252, n. 2: *Imo quis nanciscitur possessionem voluntate heredis errantis. L. I § si legatarius 11. infr. ad l. Falc.*

rium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?— ha sido calificado de «hiperbólico» pues más contrario al consentimiento es el miedo que el error⁷¹.

II.2.3 EFECTOS DEL ACUERDO DE SUMISIÓN

En este punto se puede apreciar una evolución a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano. En el Derecho clásico, vigente el procedimiento formulario, el simple *convenire* de someterse a un magistrado distinto al inicialmente competente, no producía efectos fuera del proceso si se producía un cambio posterior en la voluntad de las partes. Cosa distinta sería que el acuerdo estuviera incorporado a un contrato, en cuyo caso si una de las partes mudaba su voluntad podía ser considerada como culpable de incumplimiento contractual⁷².

De la *mutatio voluntatis* en el procedimiento formulario se ocupa el siguiente fragmento de Africano:

D.2,1,18 (*Afr. l. VII quaest.*) *Si convenerit, ut alius praetor, quam cuius iurisdictionis esset, ius diceret et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiusmodi conventioni stare.*

Puede verse cómo para este jurista el haber mudado la voluntad de las partes que convinieron someterse a la jurisdicción de un pretor distinto de aquél que tuviese la jurisdicción antes de la comparecencia —*priusquam adiretur*— provoca que el acuerdo de someterse a la jurisdicción de otro pretor no sea vinculante⁷³.

Como explica Glück⁷⁴, sin la comparecencia no es posible la prórroga de jurisdicción, pues el juez debe estar al tanto de que las partes, que de otro modo no dependerían de él, se han sometido a su jurisdicción, cosa que no puede saber si no comparecen.

Ahora bien, se discrepa desde antiguo en relación al momento procesal límite para este cambio de voluntad. Mientras que para Accursio, Baldo, y en

⁷¹ Gl. *Tam contrarium a si per errorem: Hyperbolice loquitur: nam metus magis contrarius est.* También ZILETTI, *op. cit.*, p. 360, n. 36 califica este inciso final del fragmento en el que se vincula el error con la impericia de «hipérbole moralista» propia de quien busca un fundamento ético de la relevancia del error; de este modo, la llamada a la impericia como causa justificativa crea un clima bien lejano a los austeros principios clásicos en materia de autoresponsabilidad.

⁷² PUGLIESE, *op. cit.*, p. 170.

⁷³ Hay que tener en cuenta que Marcelo señala que, una vez aceptado el juicio, allí debe terminar: D. 5,1, 30 (Marc. l. I Dig.) *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.*

⁷⁴ GLÜCK, *op. cit.*, t. II, pp. 161-162.

tiempos más recientes, Girard, es necesario un acuerdo ante la autoridad prorrogada que solo deviene obligatorio a partir de la *litis contestatio*⁷⁵, otro sector doctrinal encabezado por por Guillelmus y Cuiacio, y posteriormente por Pugliese, considera suficiente la comparecencia ante la autoridad incompetente⁷⁶.

La validez del acuerdo de sumisión exige, según Donello, que la convención sea justa y legítima. Considera que la nuda convención no perjudica al reo, puesto que antes de la comparecencia se le permite cambiar de opinión. Una convención justa y legítima sería, a su juicio, la que se efectúa a través de una *stipulatio*, pues de ella deriva una acción para poder exigir su cumplimiento. Se pregunta, finalmente, lo qué sucedería si el estipulante prometía someterse al fuero y al juez del actor, lo que sería someterse a una jurisdicción futura, no dudando de que, a través de un contrato, cualquiera puede elegir someterse a la jurisdicción del juez en cuyo territorio fue celebrado dicho contrato, considerando, asimismo, que es justa razón que, cuando alguien contrata, conviene tácitamente en ejecutar el negocio y poder ser demandado en ese lugar⁷⁷.

En el período justiniano hay que tener en cuenta la constitución de Justiniano y dirigida a Juan, prefecto del Pretorio, fechada en el año 531, que nos transmite C.2,3,29:

C.2.3.29. *Imperator Justinianus. Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori proscriptioe propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam*

⁷⁵ ACCURSIO, oponiéndose a la opinión de Guillelmus: *quia demum lite contestata confertur in eum iurisditio* (gl. *Detegit a Si per errorem, Glossa in Digestum Vetus... cit.*, p. 44); en igual sentido BALDO UBALDI, *Commentaria in primam Digesti veteris... cit.*, fol. 84 va. ad l. *si convenerit* (D.2,1,18) y fol. 283 ad l. *si se subiiciant* (D.5,1,1): *sed reuocabiliter vsque quo lis contestetur: alias non tenerent gesta interim, sed per litem contestatio sit prorogatio irreuocabilis*; GIRARD, *op. cit.*, p. 335, n. 1.

⁷⁶ En este sentido ya se pronunciaban GUILLELMUS, reseñado por FEHI (gl *Detegit a Si per errorem*, t. I, p. 134): *ex tali consensu, si non erramus, etiam sine contestatione dari ei iurisdictionem soa aditione, vel libello postea dato*; CUIACIO, t. VII, p. 111 (ad l. II tit 1 sub l. 15): *Nam antequam cum adierint mutare voluntate possunt. Observationum et emendationum libri XIII*, Coloniae Agrippinae, 1574, p. 33 (l. 1, cap. 32). Cfr. asimismo PUGLIESE, *op. cit.*, p. 170; KASER, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1966, p. 184, n. 42 y BERTOLDI, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Giappichelli ed., Torino, 2003, p. 203. Para FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p. 187 y ss., en el procedimiento formulario la derogación de la jurisdicción se hacía definitivamente después de la *editio in iure*, mientras que en la *cognitio* el acuerdo de sumisión de las partes solo se convierte en irrevocable desde la *litis contestatio* en su nueva concepción; en el derecho justiniano, finalmente, los efectos del convenio derogatorio de la jurisdicción se producirían en el mismo momento del acuerdo extraprocésal de las partes.

⁷⁷ DONELLI, *op. cit.*, pp. 1257-1259. *Quare et qui stipulanti actori promiserit se forum et iudicem actoris secuturum, in cum cum vocatus erit, ejus iudicis iurisdictione futura est. De quo ne dubitemus, ejus rei certum argumentum est, quod unusquisque ex contractu suo subiicitur iurisdictioni ejus iudicis, in cujus territorio contraxit ...Neque vero hoc jus aliam rationem habet, quam quod qui alicubi contraxit, tacite convenit in negotio gerendo (qua justa conventio est) ut eo loco posset conveniri.*

*conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. 1. Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare? 2. Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur. * IUST. A. IOHANNI PP. *A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.').*

La constitución prohíbe a quien se haya comprometido en el momento de otorgar un instrumento, a no usar la excepción de fuero⁷⁸ por razón de su dignidad, grado militar o sacerdocio, que se vuelva contra su propio convenio y utilice su fuero.

Se justifica la prohibición diciendo que a nadie le es lícito volver contra sus pactos y engañar a quienes con él contrataron –*qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari* –⁷⁹.

Hay que observar que en el texto se habla de *instrumento*⁸⁰; por ello puede considerarse que el carácter formal en este caso del acuerdo de sumisión influye en la eficacia del acuerdo, y por ello no se admite la *mutatio voluntatis*.

⁷⁸ Aclara la glosa *praescriptione a l. si quis in conscribendo* –C.2,3,29– (FEHI, t. IV, cit., p. 346) que la voz *praescriptione* quiere decir excepción: *praescriptione, id est, exceptione*.

⁷⁹ Para PUGLIESE, *op. cit.*, p.170, se trata de un criterio distinto, seguido por el Derecho justinianeo. En igual sentido, FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p. 188. GODOFREDO había intentado explicar la antinomia entre este texto y D. 2,1,18 entendiéndolo que se trata de dos disposiciones distintas, no contradictorias. En el fragmento del Codex, el consenso para someterse a un juez ajeno se hace a través de un contrato, y sería inócua recusar al juez si no se ha hecho otro contrato con el adversario. En el del Digesto, nada es de ese modo (*Corpus Iuris Romani*, t. I, Neapoli, 1828, p. 252, n. 7). Tampoco se opone este texto a lo dispuesto en D.2,1,18 según CUIACIO (*op. cit.*, t. VII, p. 111).

⁸⁰ S. ISIDORO, tras afirmar que el nombre genérico de todo instrumento legal es el de «voluntad», porque no emana de un acto de fuerza, sino de la voluntad –*voluntas generale nomen omnium legalium instrumentorum; quae quia non vi, sed voluntate procedit*– (*Etym.* 5, 24, 1) define el instrumento como aquello con lo que construimos algo, como un cuchillo, una pluma, un hacha; lo que se ha construido sirviéndonos del instrumento, como un bastón, un libro o una mesa se denomina *instructum*: *Instrumentum est unde aliquid construimus, ut cultrus, calamus, ascia. Instructum, quod per instrumentum efficitur, ut baculus, codex, tabula* (*Etym.* 5,25,26-27). En terminología procesal los *instrumenta* son cualquier medio hábil para llevar adelante un proceso incluyendo no solo las pruebas sino las declaraciones de las personas que intervienen en el litigio, si bien en el lenguaje forense el término acabó designando los documentos escritos que atestiguan el negocio celebrado. Al principio la redacción de tales documentos tenía eficacia meramente probatoria, pero a partir de la época postclásica comienzan a tener además valor constitutivo (TORRENT, *op. cit.*, voces «instrumenta» e «instrumentum privatum», pp. 468-469, e «Instrumenta emptionalia: C.4,21,17», *RIDA* 58, 2010, pp. 471 y ss.). Sobre el papel del *instrumentum* en la donación en las diferentes etapas del Derecho romano *vid.* ALEMÁN MONTERREAL, A., «Donatio et instrumentum», *RIDA* 45, 1998, pp. 209-228; sobre la historia del documento en Roma *vid.* TALAMANCA, M., «Documentazione e documento (diritto romano)», *ED* 13, (1964), pp. 548-561.

A juicio de Glück⁸¹ en esta constitución no se está contemplando realmente un supuesto de *prorogatio fori*, sino más bien de renuncia a un foro privilegiado. Como diferencias más significativas entre ambos supuestos señala las siguientes:

a) por lo que se refiere a los requisitos del acuerdo, en el caso de la renuncia a la que se refiere el C.2,3,29, solo se requiere la simple convención de las partes, mientras que la prórroga de jurisdicción precisa, además de la convención, la comparecencia ante el juez incompetente.

b) desde el punto de vista de los efectos, la renuncia contemplada en C.2,3,29 produce únicamente la consecuencia de que quien gozaba de un foro privilegiado se ve en la necesidad de no valerse de su privilegio en la controversia y de reconocer la autoridad del juez ordinario; por el contrario, en el caso de la prórroga de jurisdicción el juez competente y ordinario queda excluido de una controversia que es llevada a conocimiento de un juez incompetente.

De la misma fecha es la constitución de Justiniano recogida en CJ. 1,51 (50), que viene a repetir lo indicado en la anterior constitución, pero en este caso en referencia a la renuncia del fuero privilegiado exclusivamente por parte de los sacerdotes, y que debía ser efectuada mediante instrumento:

C.1.3.50. *Imperator Justinianus: Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam, sancimus non licere ei adversus sua pacta venire et contrahentes decipere, cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare. 1. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per iudicalem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt. * IUST. A. IOHANNI PP. *A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONS. LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.'*

Hay que observar que, si bien falta en este caso la referencia que en C.2, 3,29 se efectuaba al edicto del pretor, recordando que incluso en dicho edicto se habían de observar en todos los casos los pactos convenidos no celebrados contra las leyes ni con dolo malo –*pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt*– se repite literalmente la mención a una antigua *regula iuris*, según la cual todos tienen la facultad de renunciar a lo que en su favor se ha establecido –*cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare*–.

⁸¹ GLÜCK, *op. cit.*, t. II, p. 162 y ss.

Finalmente, como norma de derecho transitorio, se indica que lo dispuesto en la constitución se aplicará a los casos aún no resueltos por sentencia judicial o convenio amigable.

II.3 La sumisión tácita

A) *En el Reglamento Europeo de Sucesiones*

En defecto de acuerdo unánime de elección de foro por todas las partes interesadas, dispone el artículo 9 del RES que «el tribunal seguirá ejerciendo su competencia en caso de que las partes en el procedimiento que no hayan sido partes en el acuerdo comparezcan ante el tribunal sin impugnar la competencia de este»⁸².

Se ha destacado que la *prorogatio fori* por razón de la comparecencia encuentra mayores limitaciones en el caso del RES frente a lo que es habitual en las legislaciones de los Estados miembros o en la propia Unión Europea⁸³, pues la posibilidad de sumisión por comparecencia se reduce al supuesto en el que no todas las partes afectadas por el art. 5 hayan sido partes en el acuerdo de elección de foro⁸⁴; sería el caso, por ejemplo de una sucesión en la que existen tres herederos, de los cuales dos son partes en el acuerdo de elección de foro y el otro se limita a comparecer sin impugnar la competencia del tribunal.

En cuanto a la interpretación de qué conductas concretas suponen una «comparecencia sin impugnación de la competencia del tribunal», hay que observar que el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación autónoma de la

⁸² Informa ÁLVAREZ TORNÉ, *op. cit.*, p. 165, que la atribución de competencia por la vía de la sumisión tácita no se mencionaba expresamente ni en el Libro Verde, ni en la Propuesta de Reglamento de 2009, ni en el *Discussion paper* o el informe del DNotl. A su juicio, quizá cabría haber ampliado los supuestos en que tal opción pudiese resultar operativa.

⁸³ Cfr. ODESKY, *op. cit.*, pp. 84 y ss. La limitación de la posibilidad de sumisión a los supuestos en los que sea aplicable la ley nacional del foro aparece nuevamente en el artículo 8.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales; excluyéndose además los supuestos de fallecimiento de uno de los cónyuges o de interposición de demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio.

⁸⁴ ODESKY, *Compétence... cit.*, pp. 65-66 recomiendan en la práctica que, si la jurisdicción competente tiene dudas sobre la identidad de las partes interesadas, decline su competencia conforme al artículo 6 a) a petición de una de las partes en el procedimiento, desde entonces la cuestión de la competencia general no dependerá ya de la conclusión efectiva por todas las partes de un acuerdo de elección de foro.

sumisión tácita en relación a otros reglamentos europeos de tenor similar, distinta de la que sería aplicable según el Derecho interno de los estados miembros⁸⁵.

Así ha sucedido en la reciente STJUE de 11 de abril de 2019 (C-464/18), en el que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Gerona planteaba la cuestión de si el foro de la sumisión tácita previsto y regulado en el artículo 26 del Reglamento (UE) 1215/1012⁸⁶ exige una interpretación autónoma, no condicionada por las limitaciones de competencia judicial interna de los estados miembros. En el caso de los tribunales españoles, el artículo 56 LEC establece que el demandante se entenderá sometido tácitamente por el hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda, y el demandado por el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, añadiéndose que «también se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en debida forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria». Además, el artículo 54.1 de la misma ley dispone que «no será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal».

El Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada consideró que el caso concreto, en el que se reclamaba una indemnización de 250 euros en concepto de compensación por retraso de un vuelo y en el que el demandado ni había presentado observaciones ni había comparecido, no podía considerarse como un supuesto de sumisión tácita del artículo 26 del Reglamento 1215/2012.

Parece razonable entender que también la sumisión tácita recogida en el RES ha de ser objeto de una interpretación autónoma, diferente de la mantenida por las legislaciones nacionales.

Ahora bien, habrá que analizar si se aplica a este reglamento la jurisprudencia procedente del propio TJUE en otros reglamentos europeos que regulan

⁸⁵ ÁLVAREZ TORNÉ, *op. cit.*, p. 162 vaticina, a propósito del artículo 9.2 del RES similares problemas de aplicación en la práctica que en el artículo 24 del R. Bruselas I, en relación a qué debe entenderse por «comparecencia» y por «impugnación».

⁸⁶ Artículo 26.1 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: «Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24». Del mismo tenor son los artículos 24 del R. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el artículo 18 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el artículo 5 del (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

en similares términos la sumisión tácita. Así, por ejemplo, la sentencia de 24 de junio de 1981 (Asunto 150/80, *Elefanten Schuh GmbH v. Jacqmain*) no consideró sumisión tácita, a los efectos del artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968, la impugnación de la competencia cuando además se formulan pretensiones sobre el fondo del litigio, siempre y cuando la impugnación de la competencia, aunque no sea previa a cualquier defensa sobre el fondo, no sea posterior a la actuación procesal, que, conforme al Derecho procesal interno, sea considerada como la primera actuación de defensa dirigida al juez que conoce del asunto⁸⁷.

Finalmente, conviene comparar la regulación de la sumisión por comparecencia contemplada en el RES con la que aparece en otros reglamentos europeos, como el artículo 8.2 del Reglamento en materia de regímenes económico matrimoniales o del artículo 26.2 del reglamento 1215/2012, según los cuales:

«antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, el órgano jurisdiccional se asegurará de que el demandado sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia.»

Como se ve, el RES no recoge una previsión análoga a la establecida en los citados reglamentos. Por ello no parece que en el caso del reglamento sucesorio sea exigible semejante advertencia por parte del órgano jurisdiccional para poder entender que se ha producido una sumisión tácita⁸⁸.

B) *En Roma*

La romanística ha debatido también el problema de si esta competencia basada en la comparecencia, es decir, si los supuestos de sumisión tácita, eran admisibles en el ordenamiento jurídico romano.

A juicio de Pugliese⁸⁹, la falta de oposición de parte de quien conoce la incompetencia debería suponer aceptación del magistrado, teniendo en cuenta la posibilidad de manifestar esta adhesión de cualquier forma.

⁸⁷ Advierte OTEROS FERNÁNDEZ, M., *Determinación de la competencia judicial internacional y territorial. Sumisión tácita y declinatoria*, Córdoba, 2002, p. 229, que la primacía del Convenio de Bruselas de 1968 no significa que no haya que acudir a las leyes procesales de los estados miembros para integrar determinados conceptos, como el de «comparecer» o para fijar hasta qué momento el demandado podrá plantear la excepción de incompetencia (menciona, al efecto el Informe Jenard relativo al Convenio de Bruselas y las conclusiones del Abogado General en el asunto *Elephanten Schuh v. Jacqman*, antes citado).

⁸⁸ En este sentido *vid.* ODESKY, *Compétence... cit.*, p. 77. Ello no es obstáculo, afirma el citado autor, para que el Tribunal pueda informar a la parte de la regla del artículo 9.

⁸⁹ Para PUGLIESE, *op. cit.*, p. 171, la adhesión tácita debería admitirse por parte del actor si este hubiese invitado al demandando a comparecer ante un magistrado incompetente y este hubiese dirigido la

Efectivamente, el supuesto recogido en CJ. 3,13,1, antes transcrito, constituye un caso de sumisión tácita en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, donde los actores han elegido un juez no competente en un asunto entre particulares, el *procurator caesaris* – *sed cum ipsi eum iudicem elegeritis* – y los adversarios lo han consentido – *et is consentientibus adversariis*.

La siguiente cuestión sería la de determinar qué conductas constituyen o no una sumisión tácita:

1. La mera presentación de la demanda no es un supuesto de sumisión para el actor. Es necesario que el juez la admita, pues si solo se ha hecho la simple demanda –*si tantum postulatio simplex celebrata*– o únicamente se hubiera dado a conocer al demandado ante el juez la clase de acción –*vel actionis species ante iudicium reo cognita* –no se considera llevada a juicio una cuestión –*res in iudicium deducta non videtur*– según se pone de manifiesto en una constitución del año 202 de Septimio Severo y Caracalla, reogida en C.3,9,1⁹⁰.

Una vez admitida la demanda, puede considerarse que el juez ha entrado a conocer del asunto, entendiéndose producida la sumisión por parte del demandante –no del demandado. A juicio de Glück, para poder hablar de una sumisión tácita por parte del actor, se requiere que plantee una acción ante un juez que de otro modo no sería competente, haciendo emanar una citación al demandado⁹¹.

2. Modestino, en D.5,1,33 (*Mod. l. III Reg.*), se había ocupado de indicar que no se entiende que consiente en un juez el que pretende ante ese juez que se le manifieste el género de la acción:

D.5,1,33 (*Mod. l. III Reg.*) *Non videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis*⁹².

postulatio (como en el *fragmento Atestinum*). Y por parte del demandado, no debe privarse de valor a la aquiescencia del demandado toda vez que Juliano y Ulpiano se preocupaban de advertir con tanta insistencia que el error sobre la persona del magistrado o sobre su competencia excluían el consentimiento.

⁹⁰ Vid. página siguiente.

⁹¹ GLÜCK, t. II, cit., p. 164.

⁹² Cfr. *Index Int. cit.*, p. 68. Vid. el comentario a este fragmento de FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, pp. 184 y ss. Frente a la teoría de Wlassak y Kaser, opina este autor, con Lenel, que en este pasaje Modestino se está refiriendo al procedimiento de la *cognitio*. Entre otros argumentos, destaca que en el procedimiento formulario carecería de sentido que el demandado exigiese al actor *in iure* que le diese a conocer la clase de fórmula que quería entablar contra él ya que ésta o le era ya conocida por la editio extraprocesal, o lo sería en el momento en que presentes ambos litigantes ante el magistrado, el propio interés del demandante le llevara a manifestarlo. La exigencia del demandado sería, a su juicio, más lógica en la *cognitio*, donde el actor podía limitarse a alegar hechos.

Sobre este fragmento dice la Glosa que el actor debe especificar la acción en la demanda, pero si además se responde a la demanda, se consiente en el juez⁹³.

3. La emisión de una citación no es suficiente para entender que el demandado se ha sometido ante un Tribunal. Como pone de relieve Glück⁹⁴, el despliegue de la acción solo sirve para que el demandado resuelva si debe satisfacer al actor o entrar en una controversia judicial.

4. Tampoco se entiende que consiente el que pide una copia, pues esta petición se hace para deliberar⁹⁵. Se trae a colación, para justificar esta opinión, la *auth. de exhibend. et introducend. reis. § sancimus* a CJ. a 3, 9, 1⁹⁶, que ordena presentar la demanda a quien es llamado a juicio y concederle veinte días para deliberar si debe ceder o pleitear, una vez que haya pagado las espórtulas y prestado fianza.

5. En cambio, sí se consideraba que se había sometido tácitamente como demandado ante un tribunal quien comparecía ante un órgano jurisdiccional alegando una excepción distinta de la *praescriptio fori*. El fundamento de esta regla se encuentra en una constitución de Honorio y Teodosio, del año 415 d.C. y que nos trasmite CJ. 8,36(35), 13, en la que los emperadores recuerdan que las excepciones de fuero deben oponerse por los litigantes al principio:

C.8,36(35),13. *Imperatores Honorius, Theodosius. Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas. * HONOR. ET THEODOS. AA. SYMMACHO PROCONS. AFRICAE. * 'A 415 D. V K. SEPT. RAVENNAE HONORIO X ET THEODOSIO VI AA. CONSS.'*

Para fundamentar la existencia de sumisión tácita como consecuencia de haber pedido que el juez se pronuncie sobre las excepciones propuestas, salvo

⁹³ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 204, *gl. non videt*: *quam actionem actor debet edere in libelo ...nam inter litis contestatio...Sed ibi etiam respondit & consensit in iudicem.*

⁹⁴ GLÜCK, t. II, cit., p. 165.

⁹⁵ Cfr. BALDO UBALDI, *Commentaria in primam, Digesti veteris...* cit., fol. 289 ad l. *non videtur* (D.5,1,33) *Qui petit +copiam pductorum nonio intelligitur consentire tanquam in iudicem competentem. h.d. ratio, quia ista petitio sit ad deliberandum. Con. Cot. auth. offeratur C. de lit. contest. (CJ. auth. a 3,9,1)*

⁹⁶ *Auth. de exhiben. et introducend. reis § sancimus* (Nov. 53, c.3) *Offeratur ei, qui vocatur ad iudicium, libellus, et exinde praebitis sportulis et data fideiussione viginti dierum gaudeat iudiciis, quibus deliberet, cedatne an contendat, aut iudicine alium associari petat, vel recuset eum, nisi ille sit is, quem ipse alio recusato iam petierit. Denique praesens interrogetur, an hoc tempus litis transierit; quod non modo ex ipsius responsione, sed etiam ex libelli subscriptione manifestatur, quam in initio facere debet. Litis ergo contestatio contra hoc indultum habita pro nihilo habenda est.*

la de incompetencia del juez, Bartolo de Sassoferrato acude también a lo manifestado por Ulpiano en D.5,1,52, pr. (*Ulp. l. VI fideic.*)⁹⁷:

D.5,1,52, pr. (*Ulp. l. VI fideic.*) *sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.*

En el supuesto contemplado, un demandado por la acción de fideicomiso alega determinados medios de defensa, omitiendo otros. Antes de la sentencia, pretendía introducir aquellos medios de defensa que había omitido, a lo que Ulpiano se opone.

Para evitar que se entendiera producida una sumisión ante el tribunal, advierten los comentaristas que la declinatoria de jurisdicción debía ser la primera de las excepciones propuestas⁹⁸.

Para mayor seguridad, recomienda Baldo formular protesta de que no se consiente en el juez o tribunal, además de oponer la oportuna declinatoria⁹⁹.

6. También se consideraba que se sometía al juez si el demandado contestaba a la demanda:

C.3,9,1. *Imperatores Severus, Antoninus. Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit * SEV. ET ANT. AA. VALENTI. *A 202 D. K. SEPT. SEVERO III ET ANTONINO AA. CONSS.**

Los emperadores Severo y Caracalla, en una constitución imperial del año 202 dirigida a Valente destacan la grandísima diferencia existente entre la contestación a la demanda y la acción. Para ello afirman que no se considera llevada a juicio una cuestión –*res in iudicium deducta non videtur*– si solamente se hubiera dado a conocer al reo la clase de acción –*si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita*–. Para que se considere contestada la demanda es preciso que, una vez expuesto el negocio, hubiere comenzado el juez a entender en la causa.

⁹⁷ BARTOLO A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris... cit.*, fol. 52 ad l. si convenerit (D.2,1,18) *Si uero alias exceptiones proposuerit, licet istam exceptionem iudicis incompetentis omisit, quia proponendo istas exceptiones vt petere, iudex super eis pronunciet, per hoc vt in consentiré, vt infra de iudic. l. sed&si susceperit in princip. Et sic duobus modis consentit in iudicem, vel contestando litem, vel proponendo alias exceptiones quam declinatorias vt d. l. sed&si susceperit (D.5,1,52, pr.)*

⁹⁸ BARTOLO A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris... cit.*, fol. 52 va. ad l. si convenerit (D.2,1,18) *Et hoc est q dicit text. in l. fi. C. de excep. (C.8,36 (35),13) q. exceptio declinatoria debe opponi antequam alia oponat; BALDO UBALDI, Commentaria in primam, Digesti veteris... cit.*, fol. 289 ad l. non videtur (D.5,1,33): *Inter ipsias etiam exceptiones declinatorias, quae respiciant iudicem, est ordo, vt primo opponantur ea, quae respiciunt iurisdictionem, quam ea, quae respiciunt personam...*

⁹⁹ BALDO UBALDI, *Commentaria in primam, Digesti veteris... cit.*, fol. 289 ad l. non videtur (D.5,1,33): *cautius tamen est semper protestari q. quis non intendit in iudicem consentire.*

A modo de resumen, Donello consideraba que se sometía a la jurisdicción tanto de manera expresa –*aut conventione aperta*– como tácita –*re et facto*–¹⁰⁰. Existía sumisión *re et facto* cuando quien había sido llamado ante el juez no competente, comparecía ante él respondiendo a la acción del adversario, salvo que se tratase de la alegación de la prescripción de foro.

En todo caso, advierte que la alegación de dicha prescripción en la audiencia judicial debería tener lugar antes de la *litiscontestatio*, después se consumiría¹⁰¹. Para ello se apoyaba en el fragmento de Ulpiano, antes citado, contenido en D.5,1,52 pr. (*Ulp. l. VI fideic.*).

Para Pothier¹⁰² este último texto contiene un ejemplo de sumisión tácita.

II.4 La sumisión de las partes como criterio de atribución de competencia en el Derecho histórico español

En nuestro Derecho histórico, la competencia del tribunal basada en la sumisión de las partes ya aparece recogida en el Fuero Juzgo:

F.J. 2,1,13: «Ninguno non debe iudgar el pleito, si non á quien es mandado del príncipe, ó quien es cogido por iuez de voluntad de las partes con testimonias de dos omnes buenos, ó con tres (...)».

F.J. 2,1,15: «Nengun juez de ninguna tierra, ni nenguno que non sea iuez, non iudgue en otra tierra aiena; ni mande ni constringa por si, ni por sayon, fueras sí fuere juez de mandado del rey, ó de voluntad de las partes, ó del mandado del iuez de la cibdad, ó de otros iuezes, así cuerno es dicho en la ley de suso».

También las Partidas hacen referencia expresa a la sumisión de las partes ante Juez distinto del competente. Efectivamente, la Part. 3,2,32, en la que se enumeran las razones por las que se puede demandar ante un Juez determinado, menciona, entre otras:

«La sesta es, quando el demandado, u otro cuyo heredero el fuesse¹⁰³, ouiesse puesto algún pleito, o prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra,

¹⁰⁰ DONELLI, H. *Opera Omnia*, t. IV, *Florentiae*, 1842, col. 1256: *Subjicit se quis jurisdictioni aut conventione aperta, aut re ipsa et facto*.

¹⁰¹ DONELLI, *op. cit.*, col. 1259: *Re et facto se subjicere jurisdictioni quisque intelligitur, qui vocatus ad iudicem non competentem audientiam ejus elegit, ut est in L. 1 C. de jurisid.omn. jud. id est, qui vocatus ad iudicem venit, et ibi cognita actione adversarii de re respondens, et aut insicians intentionem, aut defensione aliqua actionem removens praescriptionem fori omisit, et in summa si actionem suscepit, id est, litem contestatus est, omitta fori praescriptione: ut hoc explicatur in L. sed etsi suscepit, in prin. D. de judi-*.

¹⁰² POTHIER, *op. cit.*, p. 70, n. 4.

¹⁰³ La referencia al heredero de quien hubiese aceptado un juicio concuerda con D.5,1,34 (*Iav. l. XV ex Cassio*).

donde fuesse Juez, aquel ante quien le fazen la demanda, o lo uiesse fecho, o prometido en otra parte, poniendo de lo cumplir allí.»

«La nouena es, quando el demandado de su voluntad responde ante el Juzgador, que non ha poder de apremiarlo: ca entonce tenuto es de yr adelante por el pleito, bien assi como si fuesse de aquella tierra sobre que el ha poderío de judgar.»

Se ha observado que el precepto no señala en qué casos se podría derogar la competencia del juez natural para someterse a otro, ni si existían limitaciones a esta sumisión¹⁰⁴.

Hay que tener en cuenta que incluso en las causas criminales admite este código alfonsino la prórroga de jurisdicción:

Part. 7,1,15 «E si por aventura, el que ouiese fecho el yerro en vn lugar, fuesse después fallado en otro, e lo acusassen y delante del Judgador do lo fallasen, si el respondiesse ante el a la acusación, non poniendo ante si alguna defensión, si la auia; dende en adelante, tenuto es de seguir el pleito ante el, fasta que sea acabado, maguer el fuesse de otro lugar, e se pudiera escusar con derecho de responder ante el, ante que respondiesse a la acusación».

Gregorio López¹⁰⁵, en su glosa a esta ley, enumera los supuestos en los que se debe limitar la prórroga de jurisdicción en causas criminales:

- 1) cuando tal prórroga se hace dolosamente, para hallar un juez benigno;
- 2) cuando la causa fuere sobre un asunto feudal contra la voluntad del señor del feudo o ignorándolo este y,
- 3) finalmente, cuando se hace en favor de un juez de distinto reino y territorio.

Pero «siendo todos los jueces, entre los cuales versa la cuestión, de un mismo reino; y por otra parte no habiendo dolo, podrá hacerse la prorrogación como abiertamente se dice en esta ley de Partida».

El criterio empleado por esta ley recuerda al de la *Summa* de Azo, antes mencionado, por cuanto el reo, aun cuando fuese aprehendido o acusado fuera del lugar de comisión del delito, se entiende sometido tácitamente al juez ante el que es acusado, si existiendo una excepción no la alega desde el principio. También aclara Gregorio López, siguiendo a Azón, que esto debe entenderse

¹⁰⁴ ROBLES REYES, *op. cit.*, p. 145. También pone de manifiesto cómo según la Part. 3,2,32, que se refiere a los jueces ante los que el demandado «non le sería tenuto de responder», no estaría el demandado obligado a presentarse ante jueces incompetentes, pero tampoco se le prohíbe, dejando abierta esta posibilidad.

¹⁰⁵ SANPONS Y BARBA-MARTÍ DE EIXALÁ-FERRER Y SUBIRANA, *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el IX*, con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., t. IV, Imprenta Antonio Bergnes, Barcelona, 1844, p. 30, n. 116.

solo si el reo sabía no ser súbdito o ser de fuero distinto del juez que conoce de la causa: pues si creyese ser súbdito de este parece no prorrogaría la jurisdicción, y sería nula la sentencia ¹⁰⁶.

En el Ordenamiento de Alcalá, la ley única del título IV ¹⁰⁷ estableció un plazo de ocho días para que el demandado probara la declinatoria de jurisdicción, plazo que la Nueva Recopilación eleva a nueve días (N.R. 4,5,1) y que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece en diez días (artículo 64.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Con posterioridad a las Partidas, algunas normas específicas fueron estableciendo límites a la facultad de someterse a tribunal distinto del competente. Por ejemplo, la sumisión de los legos a los jueces eclesiásticos sobre cosas profanas fue prohibida por la Nov. Rec. 4,1,7; 10,1,6 y 11,29,7. Por otro lado, el artículo 1.203 del Código de Comercio prohibió la sumisión expresa o tácita a los tribunales de comercio sobre personas o cosas ajenas a ella ¹⁰⁸.

Llegados a la etapa codificadora, las sucesivas disposiciones en materia de proceso civil han recogido siempre tanto la sumisión expresa como la tácita. Se considera que la primera se produce cuando los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero propio, designando con toda precisión el Juez a quien se someten.

La sumisión tácita se entiende producida por parte del demandante, por el hecho de recurrir al Juez interponiendo su demanda; por parte del demandado, por hacer, después de personado en autos, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria ¹⁰⁹.

A grandes rasgos, cabe destacar como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no exceptuaba de la *prorogatio fori* a la jurisdicción criminal, siendo introducida tal prohibición por el artículo 299 de la Ley Provisional sobre organización del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 «reconoce prorrogable la jurisdicción civil ordinaria, sancionando lo que sobre esta materia estaba admitido por la jurisprudencia de acuerdo con nuestras leyes antiguas».

¹⁰⁶ GREGORIO LÓPEZ, *loc. ult. cit.*, t. IV, p. 30, en la glosa 117 a esta ley.

¹⁰⁷ O. Alcalá, tit. 4, ley única: si el demandado dixiere que non es de la jurisdicion del Judgador, ante quien le es fecha la demanda, è allegare para esto á tal raçon que la aya de probar, sea tenuto de la probar gasta ocho dias desde el día que le fuere puesta la demanda; et si la probare en estos dichos ocho dias non sea tenuto de responder à la demanda...

¹⁰⁸ Cfr. en este punto MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, I, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1881, p. 169, n. 1.

¹⁰⁹ Artículos 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855; artículos 299 y 303-307 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870; Arts. 56 a 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Manresa da cuenta de una antigua protesta utilizada para evitar que se entendiese producida una sumisión tácita, y que consistía en que el demandado incluía en el escrito en el que se mostraba parte la siguiente fórmula «sin que sea visto atribuir á V.S. más jurisdicción que la que por derecho le compete». Entiende este jurista que si después de personado el demandado en los autos, practica cualquier gestión que no sea la de proponer la declinatoria de jurisdicción, aun cuando solo se trate de la protesta expresada, quedará por este solo hecho sometido al juez ante el que el actor hubiere presentado su demanda¹¹⁰.

El mismo autor vuelve a plantear la vieja problemática en torno a la necesidad del consentimiento de juez para la validez de la sumisión de la que trataba D. 5,1,2,1, cuestión que entiende definitivamente resuelta con el nuevo artículo 74 de la ley, que prohibía promover de oficio las cuestiones de competencia en asuntos civiles; pudiendo no obstante el juez que se creyera incompetente por razón de la materia abstenerse de conocer, oído el ministerio fiscal.

En la actualidad la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil regula la posibilidad de sumisión de las partes a un determinado órgano jurisdiccional –siempre que tenga competencia objetiva para conocer del asunto de que se trate– en los artículos 54 a 57.

Lo primero que llama la atención es la cantidad de materias que están excluidas de la posibilidad de sumisión, concretamente, las enumeradas en los apartados 1.º y 4.º a 15.º del artículo 52.1 (entre ellas se encuentran, precisamente, los juicios sobre cuestiones hereditarias).

También quedan excluidas, en virtud del apartado 2 del mismo artículo, las demás cuestiones a las que alguna ley atribuya expresamente carácter imperativo y los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal, considerándose inválida, además, la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios¹¹¹.

En cuanto a la sumisión tácita, el artículo 56 considera que el demandante se entenderá sometido tácitamente por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda; mientras que el demandado lo será por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda,

¹¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, *loc. ult. cit.*, p. 158.

¹¹¹ OTEROS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 178 critica el hecho de que el legislador haya metido en el mismo saco a la sumisión expresa y a la tácita, pues si bien el descrédito de la primera, debido a los abusos que se cometieron invocándola, justifica que el legislador haya querido ponerle coto, la sumisión tácita no se presta a tales abusos y cumple con el fin de prevenir eventuales cuestiones de competencia.

cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, al igual que ocurría en el Derecho romano.

También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria.

III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE

III.1 La residencia habitual del causante en el Reglamento Europeo de Sucesiones

A efectos de determinar tanto la competencia, como la ley aplicable, el RES establece cómo nexo general: *la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento*.

Cómo señala Carrascosa¹¹², es un foro subsidiario, *que solo opera si los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante carecen de competencia judicial internacional para conocer del litigio sucesorio (art. 7.a RES a contrario sensu)*.

Por tanto, el nexo general solo opera en defecto de competencia de ley nacional del causante, si no ha existido elección de Tribunal por las partes y de ley aplicable por el causante, tal y como disponen los artículos 5,6,7 referentes a la competencia judicial y el artículo 22 que se ocupa de la ley aplicable a sucesión *mortis causa*.

El carácter general de la competencia atribuida al Tribunal, en virtud del artículo 4 del RES, que le permite conocer de todos los asuntos relacionados con la sucesión¹¹³, se remonta a lo señalado por Marcelo en

¹¹² CARRASCOSA, J. *El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo sucesorio*, BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, Nº 19, pp. 15-35, 2015, ISSN: 1575-0825. Online ISSN: 2172-3184. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i19.23>. «Como se ha indicado, este foro sólo se activa en el caso de que el foro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES) no resulte operativo. Ello explica que el art. 4 RES lleve como rúbrica «competencia general» y no «foro prevalente» o «competencia principal».

¹¹³ El TJUE en S. de 21 de junio de 2018 (asunto C-20/17) ha concluido que el artículo 4 del RES debe interpretarse en el sentido de que en él se determina también la competencia internacional exclusiva para la expedición en los Estados miembros de certificados sucesorios nacionales, con independencia de la naturaleza voluntaria o contenciosa del procedimiento. En consecuencia, resulta opuesta al reglamento una normativa interna que establezca que, aunque el causante no tuviera en el momento de su fallecimiento su residencia habitual en ese estado miembro, los tribunales de este último seguirán siendo competentes para expedir certificados sucesorios nacionales, en una sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, cuando existan bienes situados en el territorio del propio Estado miembro o cuando el causante hubiera tenido la nacionalidad del mismo. Tal era el caso del art. 343 de la FamFG alemana en el asunto

D.5,1,30, que indica que donde una vez fue aceptado un juicio, allí debe terminar:

D.5.1.30 (*Marc. l. I dig.*) *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.*

La doctrina internacionalista que se ha ocupado del RES¹¹⁴ coincide en señalar una serie de características sobre el punto de conexión basado en la última residencia habitual del causante:

1) Su carácter relativamente *reciente*, habiendo sido empleado con anterioridad al Reglamento en materia de ley aplicable tan solo en unos pocos estados miembros, como Bélgica, Finlandia y Holanda y en algunos reglamentos de la UE.

También se ha utilizado en algunos Convenios de la Haya, como el de 1961 sobre conflicto de leyes en materia de forma de los testamentos, el de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte –que nunca ha entrado en vigor– o, como foro de competencia, en el de 1973 sobre administración internacional de las sucesiones, solo ratificado por tres estados.

2) Se trata de un concepto de *interpretación autónoma*¹¹⁵, para los supuestos de la sucesión *mortis causa*. Efectivamente, puede no ser lo mismo determinar cuál es la residencia habitual de la persona a los efectos del cumplimiento de un contrato, que a los efectos de una sucesión *mortis causa*.

3) Se han destacado tanto las *ventajas*, como los *inconvenientes* de este punto de conexión:

– Como *ventajas*, se pueden mencionar:

a) La facilidad para localizar y ejecutar el testamento o, en su día, la sentencia,

en cuestión. A juicio del Tribunal, el objetivo del reglamento de establecer un régimen uniforme aplicable a las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, implica una armonización de las reglas de competencia judicial internacional de los tribunales tanto en el marco de los procedimientos contenciosos como de los de jurisdicción voluntaria.

¹¹⁴ CARRASCOSA, *op. cit.*; BONOMI, A.– WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones: Comentario al Reglamento (UE) num. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, trad. Álvarez González et. al., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015; FUGARDO ESTIVILL, J.M., *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2014; LEANDRO, A., *La giurisdizione nel Regolamento dell'Unione Europa sulle successioni mortis causa*, «Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa». coord. Franzina-Leandro, Giuffrè ed., Milano, 2013; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012*, «InDret», 2/2013, entre otros.

¹¹⁵ BONOMI, A.– WAUTELET, P., *op. cit.*, p. 155; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 62

b) la posibilidad de combinarlo con el Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales.

c) se evitan los problemas derivados de los distintos significados que el término «domicilio» asume en los diferentes ordenamientos. Un ejemplo de esta multiplicidad de significados lo encontramos en el asunto resuelto por la STS 685/2018, de 5 de diciembre (RJ\2018\5442)¹¹⁶, si bien referido a un problema de ley aplicable a la sucesión, no de competencia judicial internacional.

d) la posibilidad de unificar *forum-ius*¹¹⁷, objetivo expresamente previsto por el considerando 27 del RES, que dice literalmente:

«... Las normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho.»

– Entre los *inconvenientes*, se menciona fundamentalmente:

a) la inseguridad jurídica que se produce en los supuestos en que es difícil determinar cual ha sido la última residencia habitual del causante, tales como los que acontecen en casos de residencia habitual inestable, ausencia de residencia habitual, de personas que habitan en varios Estados a la vez durante el año, etc.¹¹⁸

¹¹⁶ El supuesto de hecho es el de un causante inglés (fallecido antes del 17 de agosto de 2015) con residencia habitual en España, en cuyo testamento manifestaba que mantenía su *domicile*, en el sentido del derecho inglés, en Inglaterra. Conforme al 9.8 CC (al no resultar de aplicación el RES) la sucesión había de regirse por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, es decir, la ley inglesa. Conforme a esta última, la sucesión de los bienes muebles se rige por la ley del *domicilio* del causante y la de los inmuebles por el lugar de su situación. El TS consideró que dicho domicilio «debía determinarse conforme al concepto del mismo que nos da el ordenamiento inglés y no el Código Civil español en su artículo 40... porque siempre que debe aplicarse un derecho extranjero por el juez español, éste debe fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho estado y ha de aplicar el derecho extranjero en su integridad». En consecuencia, la ley aplicable a su sucesión sería la ley inglesa. Aclara CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La relatividad de los conceptos jurídicos: domicilio, domicile y residencia habitual. Reflexiones sobre STS 5 diciembre 2018*, disponible en http://accursio.com/blog/?p_912 (última consulta: 2 de julio de 2019) que mientras que «domicilio» en Derecho español se identifica con «residencia habitual» en los términos del art. 40 CC, «domicilio» en Derecho inglés (= *domicile*) no puede equipararse a la residencia habitual, pudiendo residir de facto y de manera habitual en un país pero mantener su *domicile* en Inglaterra, cambiando únicamente de *domicile* si decide abandonar definitivamente el país de su antiguo *domicile* para siempre, con la intención de no regresar y cortando todo contacto vital con el mismo. En definitiva, concluye este autor «cuando un juez español aplica Derecho inglés debe razonar como un juez inglés, emplear los conceptos del Derecho inglés y utilizar las instituciones del Derecho inglés».

¹¹⁷ FUGARDO ESTIVILL, *op. cit.*, p. 61; LEANDRO, *op. cit.*, p. 61; BERQUIST, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁸ Sobre los inconvenientes de este punto de conexión *vid.* RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *op. cit.*, p. 15, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual.... cit.*, p. 60.

b) al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, puede redundar en situaciones de inseguridad jurídica. La residencia habitual es un nexo más difícil de verificar que la nacionalidad.

c) El de favorecer *el forum shopping*, pues el criterio de la residencia habitual hace fácilmente accesible a los individuos la posibilidad de determinar el fuero competente.

4) El RES *no ha definido* intencionadamente la residencia habitual, dejando su determinación a los tribunales a la luz del conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso¹¹⁹. De ese modo queda totalmente descartado:

a) El concepto de *domicile* anglosajón; b) El concepto nacional de cada Estado miembro en relación con el domicilio¹²⁰.

Por el contrario, sí ha proporcionado, criterios para determinarlo, fundamentalmente a través de los considerandos 23 a 25.

C. 23 RES: «Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, *la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo*, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular *la duración y la regularidad de la presencia del causante* en el Estado de que se trate, así como las *condiciones y los motivos de dicha presencia*. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento».

Destaca Alvarez Torné que la noción de residencia habitual comúnmente admitida no precisa el factor acusado de la intencionalidad de establecer en un

¹¹⁹ Un sector doctrinal se muestra crítico con esta falta de concreción legal del concepto de residencia habitual, por entender que introduce un factor de inseguridad jurídica, al menos, hasta que se produzcan los primeros fallos del TJUE en la materia. En este sentido, *cfr.* ATALLAH, M., *The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation (650/2012)*, «Baltic Journal of European Studies», vo. 5, nº 2 (19), p.143. HAYTON, D., *Determination of the Objectively Applicable Law governing Succession to Deceaseds' States*, «DNotl», Les successions Internationales dans l'UE, 2004, p. 365, alertaba sobre la conveniencia de una definición común de residencia habitual, proponiendo la siguiente: «el centro principal de la vida personal, social y económica de una persona voluntariamente adquirido».

¹²⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual... cit.*, pp. 62 y 64.

determinado lugar el centro de intereses ¹²¹. Por ejemplo, el n.º 9 de la *Resolución (72) 1 relative a l'unification des concepts juridiques de «domicile» et de «residence»* ¹²² menciona, para la determinación de la residencia habitual únicamente los factores de la duración y la regularidad, junto con otros *hechos* de naturaleza personal o profesional que revelen vínculos duraderos entre una persona y su residencia. Se empleaban, por tanto, únicamente factores objetivos. Los elementos subjetivos como la intención de la persona no constituían condiciones para la existencia de una residencia habitual, aunque sí podían ser tomadas en consideración para determinar si poseía una residencia o el carácter de ésta –n.º 10 de la misma resolución–.

La misma autora, sin embargo, pone de manifiesto también cómo algunos documentos preparatorios del reglamento tienen presente la intención del sujeto de conferir a un determinado lugar un carácter estable, es decir, un *animus remanendi*. Tal ocurre en el *Discussion paper* de 30 de junio de 2008, preparado el Grupo de expertos sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea ¹²³. También destaca la jurisprudencia del TJUE acerca de la residencia habitual, pronunciada a propósito de otras materias, en la que la voluntad del interesado desempeña un papel relevante.

Varios autores han puesto de relieve cómo el elemento intencional está presente en el texto finalmente aprobado del RES ¹²⁴.

Dicho elemento subjetivo se desprende, a nuestro juicio, del inciso del considerando 23 en el que se obliga a la autoridad encargada de determinar el lugar de la última residencia habitual del causante a tener en cuenta, además de la duración y la regularidad de la presencia del causante en un determinado

¹²¹ Cfr., por ejemplo, GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Auflage, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2009, p. 152, en relación al Derecho alemán.

¹²² <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52e280894> (consultado el 27 de junio de 2019). Tal resolución tenía el carácter de mera recomendación.

¹²³ ALVAREZ TORNÉ, *op. cit.*, p. 147. La residencia habitual queda definida en ese documento, según la traducción de la citada autora, como «aquél lugar en que el causante había fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro habitual de sus intereses. Para determinar esta intención, serán tomadas en cuenta la duración efectiva o prevista de la residencia del causante en ese Estado, así como la naturaleza temporal o de larga duración de su alojamiento. La mera intención de regresar más tarde a otro país no se considerará suficiente para calificar la intención del causante como enfocada a establecer el centro habitual de sus intereses allí».

¹²⁴ Cfr. DAMASCELLI, D., *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n.218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Giuffrè ed., Milano, 2013, pp. 50 y ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo...* cit., p. 65 y ss. y FUGARDO ESTEVILL, p. 109 quien cita, en este punto, la STJUE de 15 de septiembre de 1994, Magdalena Fernández/Comisión, asunto C-452/93, en la que se declara que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses».

estado –circunstancias objetivas– «las condiciones y los *motivos* de dicha presencia». Por otro lado, esta interpretación resulta más acorde con los elementos que en el derecho romano y en la tradición romanística han integrado la noción de domicilio, según se verá en los apartados siguientes.

6) La falta de expresión de un plazo temporal de residencia en un determinado lugar para determinar la residencia habitual, evita, además, el conflicto móvil, no siendo relevantes las residencias anteriores ¹²⁵.

7) Finalmente, se destaca que se trata de un *concepto de naturaleza fáctica* ¹²⁶ tal como se observa en el Considerando 23 del RES, que dice que «el tribunal habrá de tomar en consideración todos los *hechos* pertinentes». Dicho concepto incluye tanto un elemento objetivo como uno subjetivo, cobrando especial relevancia el centro de intereses de orden personal, familiar, etc. del causante.

Tal carácter fáctico, ya había sido señalado por Paulo en D.50,1,20 pr (Paul, l. XXIV *Quaest.*):

Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.

Paulo en este texto indica que el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho –*re et facto*–, no con la nuda declaración –*contestatione* ¹²⁷–. El texto, sería ampliamente comentado desde la época de los glosadores en adelante, llegándose a concluir entre otros autores, por Voet, Pothier o Glück que la determinación del domicilio es una cuestión que, en general, debe quedar a la libre apreciación del juez, quien deberá resolver ponderando para cada caso en particular todas las circunstancias ¹²⁸.

Como puede verse, este foro de competencia internacional contiene cuatro términos:

- ha de tratarse de una *residencia* (no de la nacionalidad).
- ha de revestir un carácter de *habitualidad* (en contraposición a otros tipos de residencias).

¹²⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual...*, p. 51.

¹²⁶ En este sentido, LEANDRO, A., p. 62; FUGARDO ESTEVILL, *op. cit.*, p. 94, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia francesa; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁷ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 534, gl. *contestatione a domicilio* (D. 50,1,20), indica: *contestatione id est protestatione*.

¹²⁸ Cfr. VOET, p 455 (*Comm. ad l.V*, tit. I, XCXVIII); POTHIER, *Introduction Générale aux Coutumes*, cit., p. 4; GLÜCK, p. 125, WINDSCHEID, p. 105.

- la residencia ha de serlo *del causante* (no de los herederos).
- finalmente, el momento que se toma en consideración es el *de su muerte*.

La búsqueda de los antecedentes romanísticos de este fuero de competencia general a efectos del Reglamento Sucesorio Europeo requiere analizar, por tanto, la cuestión del equivalente romano a la residencia habitual, es decir, el *domicilium*, y su evolución posterior.

III.2 El concepto de domicilio según la tradición romanística

En principio, el foro competente en materia de sucesiones en el Derecho romano era el del domicilio del heredero, en cuanto concreción de la regla de que se debía demandar en el domicilio del deudor, según la máxima *actor sequitur forum rei*.¹²⁹

De este modo, Ulpiano afirma en D. 5,2,29,4(Ulp., l. V *opinionum*)¹³⁰ que la *querella inofficiosi testamenti* debe ser interpuesta en la provincia en la que tienen su domicilio los herederos instituidos.

No obstante, en materia de sucesiones el ordenamiento jurídico romano aplicó también otros foros de competencia distintos:

- El del lugar donde radicaban todos o la mayor parte de los bienes de la herencia, tal y como aparece en C.3,20,1¹³¹.
- El del domicilio del causante. Este foro aparece utilizado en situaciones diversas; lo vemos aplicado cuando se trataba de cumplir una obligación contraída por el causante –D.5,1,19, pr., (Ulp. l. IX *ad ed.*)¹³²– cuando se continúa un pleito ante el órgano jurisdiccional al que en su día se sometió el difunto –D.5,1,34 (Iav. l. XV *ex Cassio*)¹³³; cuando se trata de pedir la *restitutio*

¹²⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-bis 1215/2012. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*», *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112 y ss., se muestra crítico con esta regla, especialmente con la interpretación que de ella se hace en la época medieval y moderna. *Vid.*, especialmente, pp. 121-125.

¹³⁰ D.5,2,29,4 (Ulp., l. V *opinionum*) *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.*

¹³¹ C.3,20,1. *Imperatores valer., gallien. Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditarium mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariae sitae sunt degit, hereditatis erit controversia terminanda *VALER. ET GALLIEN. AA. MESSIAE. *A 260 PP. VII K. MAI. SAECULARE ET DONATO CONSS.*

¹³² D.5,1,19, pr., (Ulp. l. IX *ad ed.*) *Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur.*

¹³³ D.5,1,34 (Iav. l. XV *ex Cassio*) *Si is qui Romae iudicium acceperat decessit, heres eius quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet, quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.*

in integrum a la que en su caso hubiera tenido derecho un menor –CTh.2,16,4¹³⁴– entre otros supuestos.

III.2.1 EL DOMICILIUM EN EL DERECHO ROMANO

A/ Concepto y elementos

La doctrina tradicional, representada por Baudry, Visconti o Salgado¹³⁵, concluía que el término alcanzaba su concreción jurídica a partir de la época de mayor expansión territorial del Imperio (s. II d.C.). Para ello se fundamentaba en la observación de que la mayor parte de los fragmentos de la compilación relativos al domicilio proceden de la época de los severos y como mucho se refieren a rescriptos del emperador Adriano.

La moderna romanística, encabezada por Licandro, sin embargo, ha destacado que el término *domicilium* estaba acuñado en el lenguaje legal romano en una época anterior a la inicialmente considerada, poniéndose de manifiesto que ese término ya gozaba de una definición técnico-jurídica en una época anterior a Cicerón¹³⁶, fundamentalmente a la luz de las fuentes literarias y epigráficas.

Entre las fuentes literarias destaca la presencia del término *domicilium* ya a finales del s. III a C. en las comedias de Plauto (concretamente en el *Miles gloriosus*¹³⁷ y en *Mercator* donde opone el concepto de domicilio al de patria¹³⁸); y,

¹³⁴ CTh.2,16,4 *Quum vero maior successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili iure ab intestato vel ex testamento successerit, mox quum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario iure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis, regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari iubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant.*

¹³⁵ SALGADO, J., *Contribución al estudio del «Domicilium» en el Derecho romano*, «RDP», 1980, pp. 499; VISCONTI, A., *Note preliminari sul «domicilium» nelle fonti romane*, «Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione», I, Milano, «Vita e pensiero», 1947, pp. 431; BAUDRY, F., voz *Domicilium*, en «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», Daremberg-Saglio, II-1, Akademische Druck–U. Verlagsanstalt, Graz, 1969, p. 334 que define el domicilio como el lugar en el que una persona se considera presente en lo que respecta a sus derechos y obligaciones. El domicilio no tendría importancia jurídica sino a partir de Caracalla. Para el jurista francés en la República no se plantearían conflictos relativos al domicilio, pues los derechos y deberes de los ciudadanos le seguirían donde quiera que se encontraran, alcanzándoles la competencia de los magistrados de Roma. La situación cambiaría al alcanzar la ciudadanía a todos los provinciales ingenuos y al estar el Imperio organizando en provincias iguales en derechos, cada una con sus magistrados.

¹³⁶ LICANDRO, O., *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Giappichelli ed., Torino, 2004; LÓPEZ HUGUET, M.L., *Régimen jurídico del domicilio en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹³⁷ PLAUTO, *Miles*, 450 (2,5,40) *Hosticum hoc mihi domicilium est, Athenis domus est Atticis; ego istam domum neque moror neque vos qui homines sitis novi neque scio.*

¹³⁸ PLAUTO, *Mercator* (653): *quae patria aut domus tibi stabilis esse poterit?*

poco después, en el *De re rustica* de Varrón¹³⁹. En el s. I a.C. aparece utilizado en los discursos de Cicerón (concretamente en *Pro Archia*¹⁴⁰), y en el *De bello civile*, de Julio César¹⁴¹. El término está presente también en escritores del Principado, como Aulo Gellio, en referencia a la necesidad de tener domicilio en Italia para poder acceder a la condición de vestal¹⁴².

Entre las fuentes epigráficas de los s. II y I a. C. que contienen el término *domicilium* se citan:

a) la *lex Acilia Repetundarum* (123 a.C.), en la que se determinan los criterios de selección del pretor peregrino a la hora de elaborar la lista de los 450 jueces a los efectos de la ley, debiendo excluir, entre otros, a quienes no tuvieran su domicilio en Roma o en el radio de una milla¹⁴³.

b) la *lex Municipi Tarentini*¹⁴⁴, en la que se establece el deber de los senadores municipales tener una casa con un determinado número de tejas en el municipio en cuestión –aunque aquí propiamente no se emplea la palabra «domicilio»–.

¹³⁹ VARRÓN, *De re rustica*, 3,16,31. *Quae in novam coloniam cum introierunt, permanent adeo libenter, ut etiam si proximam posueris illam alvum, unde exierunt, tamen novo domicilio potius sint contentae.*

¹⁴⁰ Cic., *Pro Archia* 4,7: *Data est ciuitas Siluani lege et Carbonis: «SI QUI FOEDERATIS CIUITATIBUS ASCRIPITFUISSENT; SI TUM CUM LEX FEREBATUR, IN ITALIA DOMICILIUM HABUISSENT; ET SISEXAGINTA DIEBUS APUD PRAETOREM ESSENTPROFESSI.»* Cum hic domicilio Romaemultos iam annos haberet, professus est apudpraetorem Q. Metellum familiarissimum suum. En este fragmento el orador se refiere a la ley de Silvano y Carbó, que concedía la ciudadanía romana a los inscritos en algunas ciudades federadas y con domicilio en Italia a la entrada en vigor de la ley, si efectuaban la oportuna declaración ante el pretor en el plazo de sesenta días. Más adelante (*Pro Archia* 4,9) identifica el domicilio con el lugar donde una persona tiene la sede de todas sus cosas y su fortuna: *An domicilium Romae non habuit is, quitot annis ante ciuitatem datam sedem omnium rerum ac fortunarum suarum Romae conlocavit*

¹⁴¹ CAES. *Bell. civ.* 1,86,3. *Paucis cum esset in utramque partem verbis disputatum, res huc deducitur, ut ei, qui habeant domicilium aut possessionem in Hispania, statim, reliqui ad Varum flumen dimittantur; ne quid eis noceatur, neu quis inuitus sacramentum dicere cogatur, a Caesare cavetur.* El texto refleja una neta distinción entre el domicilio y la posesión de un bien, disponiendo el licenciamiento inmediato para todos los soldados que en Hispania tuvieran su domicilio o posesiones.

¹⁴² GELLIO, *Noc. Att.*, 1, 12, 8: *Praeterea Capito Ateius scriptum reliquit neque eius legendam filiam, qui domicilium in Italia non haberet*

¹⁴³ GIRARD, P.F.– SENN, *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 90-106, n. 7: *queive in urbem Romam propiusve u[rbem] Romam (passus) M domicilium non habeat*

¹⁴⁴ *Lex municipii tarentini* (89-62 a C), CIL 12, n. 590. *quibus senatus eius municipi censuer[is] sine d(olo) m(alo) / quei decurio muniipi Tarentinei est erit queive in municipio Tarenti[no in] / senatu sententiam deixerit is in o[pp]ido Tarentei aut intra eius muni[cipi] / fineis aedificium quod non minu[s] MD tingularum tectum sit habeto [sine] / d(olo) m(alo) quei eorum ita aedificium suom non habebit seive quis eorum [eo] / aedificium emerit mancupiove acceperit quo hoic legi fraudem f[aceret] / is in annos singulos HS n(ummum) V(milia) municipio Tarentino dare damnas esto.*

c) la *Tabula Heracleensis*¹⁴⁵, que dispensa a los que tengan su domicilio en varios municipios o colonias y estén censados en Roma de la obligación de censarse además en dichos municipios o colonias;

d) la *lex Ursonensis*, que al hablar de los sujetos obligados a la contribución personal para la ejecución de una obra pública –*munitio*– menciona a los que sin ser colonos tienen el «domicilio» en Urso¹⁴⁶.

e) la *lex Irnitana*, que en su capítulo 87 establece la misma obligación para los munícipes e incolas del municipio o los que habiten un domicilio o tenga su finca o fincas dentro de los límites del municipio¹⁴⁷.

Las fuentes jurídicas romanas nos han legado dos definiciones de domicilio:

1) La primera es obra de Alfenio Varo, contenida en D.50,16,203 (*Alf. Varus, l. VII dig.*), donde el jurista define casa como aquella «en la que cada cual tuviese su asiento y sus escrituras, y hubiese hecho el establecimiento de sus cosas» –*ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset*–.

2) La segunda aparece en una constitución de Diocleciano y Maximiano, que nos transmite el CJ. 10,40(39),7, donde el domicilio aparece definido como el lugar donde cada cual constituyó sus lares y el conjunto de sus cosas y de su fortuna –*ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit*– y de donde no haya de alejarse otra vez, si nada le obligue –*unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet*–, y de donde cuando partió se considera que está de viaje, y cuando volvió que dejó ya de viajar –*unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit*–.

Las opiniones doctrinales vertidas a propósito de la delimitación conceptual del domicilio en el Derecho romano han sido muy variadas, coexistiendo dos corrientes:

a) la teoría evolutiva, que defiende la progresiva substitución del elemento material por el intencional en la configuración jurídica del domicilio,

¹⁴⁵ *Tab. Her.* 157, *qui pluribus in municipiis colon' i' eis praefectureis domicilium habebit et is Romae census erit, quo magis/ in municipio colonia praefectura h(ac) l(ege) censeatur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)*.

¹⁴⁶ *Lex Urs.*, cap. 98:... *intrave eius colon(iae) fines domicilium praedi/umve habebit neque eius colon(iae) colon(us) erit is ei/dem munitioni uti colon(us) pare{n}to*. D'ORS, A., *Epigrafiya jurídica de la España Romana*, Madrid, 1953, pp. 227-228.

¹⁴⁷ *Lex irni*. Cap. 83– *quicumque mu-/nicipes incolaeve eius municipi erunt, aut intra fines municipi eius habitabunt, agrum agrosve habebun[t, ii om]nes eas operas/dare facere praestareque debent*.

teoría mantenida con diversos matices por Pernice¹⁴⁸, Carnelutti¹⁴⁹, Leonhardt¹⁵⁰, Visconti¹⁵¹, Battista¹⁵², Salgado¹⁵³ y López-Huguet¹⁵⁴.

b) la que defiende un concepto inmutable del mismo a lo largo de todo el Derecho romano, representada fundamentalmente por Tedeschi.¹⁵⁵

De conformidad con la teoría evolutiva, en una primera fase, propia de una sociedad de economía doméstica y predominantemente agraria, el concepto de domicilio sería material, territorial y único¹⁵⁶. El domicilio se identificaría como la sede, como la habitación de hecho¹⁵⁷, tal y como sucede en el fragmento de Alfeno Varo recogido en D.50,16,203.

No se ha dudado en destacar la identificación realizada por el jurista republicano entre *domus* y *domicilio*¹⁵⁸. El elemento requerido parece revestir

¹⁴⁸ PERNICE, A., *Marcus Antistius Labeo, Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, I*, Halle, 1873, pp. 98 y ss. Afirma el jurista alemán que, mientras en el lenguaje jurídico de la época republicana el domicilio carece de un sentido técnico, considerado simplemente como el lugar de residencia duradera, a partir de Adriano se empieza a tener en cuenta el elemento intencional, es decir, la voluntad de establecer en un lugar la residencia con carácter permanente.

¹⁴⁹ Para CARNELUTTI, F., *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e dimora*, «AG», 1905, pp. 393 y ss. en un primer momento, la expresión jurídica de la relación del hombre con el espacio fue esencialmente única y material, manteniéndose durante largo tiempo la sinonimia *domus-domicilium*. El cambio en las condiciones sociales dará lugar a que el hombre adquiera mayor movilidad, pasando a concebirse el domicilio como el lugar de *residencia estable*. Solo en un estadio posterior de la evolución, cuando el individuo conquista tal grado de movilidad que el hecho de su presencia física puede no ser ya suficiente para señalar su residencia estable, se busca el indicio de ésta en la *intención* de residir habitualmente en un determinado lugar. El domicilio es siempre la residencia estable del individuo, pero la estabilidad de la residencia no se deduce tanto de su presencia física como de su presencia moral.

¹⁵⁰ LEONHARD, R., *Domicilium*, «Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», V-1, A. Druckenmüller, Stuttgart, 1958 (ed. facsimilar de la de 1903), pp. 1300-1301 explica que, a partir del rescripto de Adriano, el domicilio no parece ya como el centro de actividad, sino más bien como el establecimiento permanente, como el punto de descanso fijo dentro de la actividad de la vida que se relaciona con una persona. Relaciona el alejamiento del concepto de domicilio de su raíz etimológica con la decadencia de la economía natural y el trabajo doméstico.

¹⁵¹ VISCONTI, p. 434, considera que en la concepción jurídica del domicilio ha tenido lugar una evolución paralela al desarrollo de la civilización romana, de agraria a mercantil, de ser cuasi estática a contar con una gran movilidad.

¹⁵² BATTISTA, M., *Del domicilio e della residenza*, 2.ª ed., E. Marguieri-UTER, Roma-Torino-Napoli, 1923, pp. 4-5 y 6-7.

¹⁵³ SALGADO, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

¹⁵⁴ LÓPEZ-HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio en Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 101.

¹⁵⁵ TEDESCHI, V., *Del domicilio*, Cedam, Padova, 1936, especialmente pp. 2-5. El jurista italiano niega que, en las fuentes alegadas por autores como Pernice o Leonhard, para justificar dicha evolución, se encuentre ningún elemento intencional que justifique dicha evolución del concepto de domicilio, particularmente en las relativas al domicilio plural. Concretamente, la expresión «*destinatio animi*» que aparece en D. 50, 1, 27,2 (*Ulp., l. II ad ed.*) no se refiere a la intención que permite tener al individuo el domicilio en el lugar donde apenas se encuentra, sino de un criterio de elección de un domicilio entre varios lugares diversos (siendo, por tanto, un medio para eliminar la pluralidad de domicilios).

¹⁵⁶ Cfr. LÓPEZ HUGUET, *cit.*, p. 26.

¹⁵⁷ GUTIÉRREZ, A., *Diritto delle persone*, «Apollinaris», 51, 1978, p. 480

¹⁵⁸ PERNICE, *cit.*, p. 98 y CARNELUTTI, *cit.*, p. 396.

un carácter meramente territorial físico: el establecimiento de la sede principal del individuo.

Ahora bien, en una fase posterior, comienza a aludirse a la intención de habitar en un determinado lugar –*animus sibi manendi*– como elemento necesario para la determinación del *domicilium*.

Tal elemento resulta de un texto de Ulpiano, dictado para resolver un problema de doble domicilio:

D.50,1,27,2 (*Ulp. l. II ad ed.*) *Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere. Et verum est habere, licet difficile est: quemadmodum difficile est sine domicilio esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse*¹⁵⁹.

El supuesto de hecho que relata el jurista consiste en determinar si puede tener su domicilio en dos lugares el sujeto que está establecido igualmente en ambos lugares –*instructus sit duobus locis aequaliter*– y no mora con menos frecuencia en uno y en otro –*neque hic, quam illic minus frequenter commoretur*.

Celso había entendido necesario realizar una «investigación del ánimo» del interesado –*ex destinatione animi esse accipiendum*–¹⁶⁰.

Ulpiano duda de que sea posible si en ambas partes se está con la misma resolución de ánimo que una persona pueda tener su domicilio en ambos lugares, aunque en algunos casos acaba por admitir la posibilidad.

La necesidad de un elemento intencional resulta también de una constitución de Alejandro Severo, en la que se remite a una epístola de Adriano, en relación, esta vez, a la determinación del domicilio de los estudiantes y de los padres que los acompañan:

C.10,40(39),2 *Imperator Alexander Severus. Nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loci sedes sibi constituerunt, secundum epistolam divi Hadriani, nec pater, qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat. 1. Sed si aliis rationi-*

¹⁵⁹ Cfr. *Index interp...* cit., t. III, p. 571.

¹⁶⁰ Para ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Universidad de Murcia, 2003, p. 39, en relación a la intencionalidad del interesado sería determinante su manifestación previa al respecto, ya que de no existir esta se dejaría la puerta abierta a la incertidumbre. Sería precisamente esta incertidumbre la que, a su juicio, motivase que en ese fragmento se incluyese la opinión de Paulo y Labeón, favorables a la sumisión previa de las partes y la sujeción a las dos jurisdicciones (D.50,1,28 s.).

*bus domicilium in splendidissima civitate Laodiceorum habere probatus fueris, Mendacium, quo minus muneribus fungaris, non proderit. *ALEX. A. CRISPO. *'A XXX'.*

De acuerdo con esta constitución no es suficiente morar en un determinado lugar para poder hablar de domicilio. Es necesario, además, la intención de residir allí con carácter permanente, lo que queda excluido en el caso de los estudiantes o sus acompañantes *–nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur–* Lo único que hace el texto es establecer una presunción *iuris tantum* por la que se señala que transcurrido un plazo de diez años se presume que se ha querido fijar en aquel lugar la residencia, aunque incluso en ese caso, se admite prueba en contrario¹⁶¹.

El elemento intencional resulta asimismo implícito en el inciso final del C.10 (40) 39,7, ya citado, cuando afirma que se tiene el domicilio (...) en el lugar de donde cuando partió se considera que está en viaje, y cuando volvió, que dejó ya de viajar *–unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit–*.

La mayor parte de la doctrina considera necesaria la concurrencia tanto de un *corpus –habitatio–* y de un *animus –animus sibi manendi–* en la noción romana de domicilio¹⁶².

A juicio de algunos autores la exigencia de ese elemento intencional para la determinación del domicilio se encuentra implícita, además, en otros fragmentos en la compilación justiniana. De este modo Licandro¹⁶³ subraya el empleo por parte de Marcelo del verbo *volere* en D.50,1,31 (l. I Dig.) a propósito de la libertad de domicilio *–Nihil est impedimento, quo minus quis ubi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non situe–* lo que a su juicio supone atribuir a la voluntad del individuo un preciso papel en la concepción

¹⁶¹ Sobre este texto, *cf.* LICANDRO, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

¹⁶² THOMAS, p. 46, quien concibe el domicilio como libre, pues depende únicamente de la voluntad de un sujeto, desligado de todo vínculo hereditario, y considera que hace falta una *destinatio animi*, una *voluntas*; COLEMAN PHILLIPSON, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, vol. I, Mcmillan and Co. ltd., London, 1911, p. 246, CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 400; SALGADO, p. 502; PLESCIA, J. *Conflicts of law in the Roman Empire*, «LABEO» 38, 1992, p. 37; LICANDRO, *op. cit.*, pp. 228 y ss., GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 480. Para LÓPEZ HUGUET, *El domicilio de las personas jurídicas*, *cit.*, p. 72, n. 10 afirma que el elemento intencional ya entra en juego desde la configuración jurídica de esta institución en el s. II a. de C. En contra, RUGGIERO, E., *La patria nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1921, pp. 175-176, que exige como condición indispensable del domicilio la residencia permanente, valorando dicha permanencia sobre la base de la *laris collocatio* y del haber establecido en un lugar determinado el centro del patrimonio, negocios, actividad commercial o industrial, etc. No obstante, el autor parece incurrir en una contradicción cuando, a propósito del caso de los estudiantes, indica que el plazo de diez años está fijando una presunción de que esta duración constituyese un indicio *de la intención* de efectuar el cambio de domicilio.

¹⁶³ LICANDRO, *op. cit.*, pp. 230-232.

romana del *domicilium*; por otro lado, destaca que en D.50,1,20 (*Paul., l. XXIV Quaest.*) al indicar que el domicilio se transfiere por la cosa y por el hecho pero no con la nuda contestación, lo que se está poniendo de manifiesto es más la insuficiencia que la irrelevancia de la voluntad manifestada, que debía ser acompañada de un acto.

B/ *Acreditación del domicilio*

Para la determinación del domicilio, tanto en el Derecho romano como en el actual, se presentan problemas que afectan a la voluntad y a la prueba, surgiendo la cuestión de qué indicios se podían tomar en consideración para acreditar la residencia habitual y cuales no determinaban el domicilio.

1. No constituyen elementos determinantes del domicilio:

a) *La mera propiedad o posesión de una casa.*

Como pone de relieve Papiniano, en Roma no se considera domicilio la mera propiedad de una casa –*sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit*– (D.50,1,17,13, *Pap. l. I Resp.*)¹⁶⁴. Efectivamente, existe un buen número de textos que, con las finalidades más diversas, dejan clara la distinción entre los conceptos de propiedad y domicilio:

– a propósito de la legitimación para interponer la *actio* derivada de la *lex Cornelia de Iniuriis*, Ulpiano equipara *domus* a domicilio, dejando claro que no se tiene porqué ser propietario: *domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium*. Por lo tanto, la legitimación procede tanto en el caso de que se viva en casa propia –*in propria domu quis habitaverit*–, arrendada –*sive in conducto*–, cedida de forma gratuita –*vel gratis*– o si se hubiera sido recibido en hospedaje –*sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*– (D.47,10,5,2, *Ulp. l. LVI ad ed.*)

– en el marco de la responsabilidad en caso de *effusum vel deiectum*, responsabilidad exigible frente al habitante de una casa propia –*vel in suo*–, arrendada –*vel in conducto*– o gratuita –*vel in gratuito*–, quedando únicamente excluido el huésped (D.9,3,1,9 – *Ulp. l. XXIII ad ed.*)¹⁶⁵. El fundamento de esta distinción radica en distinguir entre el que tiene domicilio –habitante– y el pasajero –huesped–.

¹⁶⁴ Vid. *Index int.*, t. III, p. 570.

¹⁶⁵ D.9,3,1,9 (*Ulp. l. XXIII ad ed*) *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel in gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

– con ocasión del *ius occidendi* del padre respecto a la hija sorprendida en adulterio en la casa en la que él o su yerno tienen su domicilio, distinguiendo la *domus* de otra casa en la que no habita (D.48,5,23(22),2, *Pap. L. I de adult.* y D.48,5,23(24),3, *Ulp. l.I. de adult.*)¹⁶⁶

– en relación a la formulación de la denuncia del ausente en juicio (D.39,2,4,5 –*Ulp. l. IV ad ed.*–)¹⁶⁷ o del hurto que se comete en el domicilio de quien tiene una casa de juego (D.11,5,1,2, *Ulp. l. XXIII ad Ed.*)¹⁶⁸.

b) *La mera declaración del interesado.*

Los juristas romanos entendieron que no bastaba la mera declaración en la determinación del domicilio, como indica Paulo en el siguiente fragmento¹⁶⁹:

D.50,1,20 (*Paul., l. XXIV Quaest.*) *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.*

Paulo en este texto indica qué el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho –*re et facto*–, no con la nuda declaración –*contestatione*¹⁷⁰.

Accursio añade, además de la cosa y el hecho, el ánimo para cambiar o transferir el domicilio¹⁷¹.

Sobre la interpretación de la expresión «traslado del domicilio por el hecho» Godofredo, siguiendo a Bártolo de Sassoferrato, pone el ejemplo de quien abandona un lugar con sus cosas¹⁷².

Pothier señala que cuando se cambia de domicilio es necesario el concurso de la voluntad y del hecho, como indica Paulo en este fragmento del Digesto-

¹⁶⁶ D.48,5,23 (22),2, (*Pap. L. I de adult.*) *Ius occidendi patri conceditur domi suae, licet ibi filia non habitat, vel in domo generi: sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de iniuriis;* D. 48,5,23 (24),3, *Ulp. l.I. de adult. Sed si pater alibi habitat, habeat autem et aliam domum, in qua non habitat, deprehensam illo filiam, ubi non habitat, occidere non poterit.*

¹⁶⁷ D.39,2,4,5 (*Ulp. l. IV ad ed.*) *Praetor ait: «Dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam». Abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. Sed «domum, in quam degit denuntiari» sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitat, ibi ei denuntietur. Quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis.*

¹⁶⁸ D.11,5,1,2 (*Ulp. l. XXIII ad Ed.*)– *Item notandum, quod susceptorem verberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non vindicat: verum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit. Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est.*

¹⁶⁹ LICANDRO, *op. cit.*, p. 232, indica que este pasaje está incardinado dentro del ámbito de determinación de los munera.

¹⁷⁰ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 534, gl. *contestatione a domicilio* (D. 50,1,20), indica: *contestatione id est protestatione.*

¹⁷¹ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 533, en la gl. *domicilium a Domicilium* (D. 50,1,20). *Domicilium re, facto & animo mutamus.*

¹⁷² GOTHOFREDUS, *op. cit.*, t. III, p. 753, n. 14: *Putat quando quis cum rebus suis redeat. Bart. hic.*

to. Por esta razón, añade, no obstante los signos que alguna persona haya dado de su voluntad de trasladar y de alguna razón que tenga para cambiarlo, va a quedar sujeto a la ley de su antiguo domicilio hasta que se haya trasladado al lugar en que quiere establecer su nuevo domicilio y lo haya establecido efectivamente¹⁷³.

La simple declaración de aquellos cuyo domicilio se disputa, no siempre puede servir para decidir, pues la experiencia enseña que puede ser refutada por una simple *nuda contestationem* o *protestatio facto contrario*, tal y como han observado algunos autores alemanes como Cramer¹⁷⁴ o Glück¹⁷⁵.

Windscheid añade que el concurso de la voluntad y la relación de hecho es necesario tanto para la constitución como para el cese del domicilio¹⁷⁶.

c) *La estancia pasajera en un lugar.*

Esto puede ocurrir en el marco de un viaje, o cuando se está en un lugar sin propósito de permanencia, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los estudiantes, tal y como se señala en diversas fuentes:

– en Fr. Vat. 204, donde se indica que aquellos que están en Roma por razón de estudios deben quedar excusados de los censos y otras cargas municipales, pues no se les entiende allí domiciliados¹⁷⁷.

– en D.47,10,5,5 (*Ulp. l. LVI ad ed.*), en el que el jurista entiende aplicable la *lex Cornelia de iniuriis* incluso a los que por cauda de estudios viven en Roma, aunque no tienen ciertamente allí su domicilio¹⁷⁸.

– finalmente, en la constitución de Alejandro Severo recogida en C.10, 40 (39),2 en referencia a una epístola de Adriano, en virtud del cual no se considera que quienes, por causa de estudio, moran en algún lugar tienen en él su domicilio,

¹⁷³ POTHIER, *Introduction Générale aux Coutumes*, cit., p. 4.

¹⁷⁴ CRAMER, J.U, *Observationum Juris Universi es praxi recentiori Supremorum Imperii Tribunalium Haustarum*, t. V, obs. 1392, Ulmae, 1769, p. 763: *Haec autem animi declaratio que ipso facto elicitur, per nudam verborum contestationem rei haud refutatur, per expressam l. 20 Munic.*

¹⁷⁵ GLÜCK, *op. cit.*, t. V. p. 121.

¹⁷⁶ WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 106.

¹⁷⁷ Fr. Vat., 204: *Proinde qui studiorum causa Romae sunt praecipue civilium, debent excusari, quamdiu iuris causa Romae agunt studii cura distracti; et ita... Imperator Antoninus Augustus Cereali a censibus et aliis rescipit.*

¹⁷⁸ D.47,10,5,5 (*Ulp. l. LVI ad Ed.*) *Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas. Ego puto ad omnem habitationem, in qua pater familias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non habeat. Ponamus enim studiorum causa Romae agere: romae utique domicilium non habet et tamen dicendum est, si vi domus eius introita fuerit, Corneliam locum habere. Tantum igitur ad meritoria vel stabula non pertinebit: ceterum ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non habeant.*

a no ser que transcurridos diez años hubieren constituido en aquél lugar su residencia. Lo mismo se aplica a los padres que los acompañan ¹⁷⁹.

Dernburg ¹⁸⁰ entiende que las residencias pasajeras no sirven de base a un domicilio, incluso si la estancia se alarga en el tiempo. Se pregunta el jurista alemán si el arrendatario tiene su domicilio en el inmueble arrendado, cuestión que a su juicio debe resolverse en función de las circunstancias, no pudiendo descartarse sin más la constitución del domicilio por el hecho de que se haya arrendado solo temporalmente. Otro indicio de que la residencia no es pasajera sería el ingreso de un mayor de edad en una relación de servicios con la intención de ganarse el sustento, lo que fundamenta la constitución de su domicilio en el lugar en que reside con la intención de cumplir su obligación de servicio.

2. Elementos que sí se tienen en cuenta para la determinación del domicilio:

a) *La laris collocatio, el lugar donde se tienen las tabulas, y donde se hace el establecimiento de sus cosas* ¹⁸¹. Estos tres elementos aparecen el fragmento, ya citado, de Alfeno Varo:

D.50,16,203 (Alf. Varus, l. VII dig.) *In lege censoria portus Siciliae ita scriptum erat: «Servos, quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato». Quaerebatur, si quis a Sicilia servos Romam mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portorium dare deberet nec ne. Respondit duas esse in hac scriptura quaestiones, primam quid esset «domum ducere», alteram, quid esset «suo usu ducere» Igitur quaeri soleret, utrum, ubi quisque habitaret sive in provincia sive in Italia, an dumtaxat in sua cuiusque patria domus esse recte diceretur. Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset* ¹⁸².

El fragmento recoge la opinión del jurista a propósito de la interpretación de la ley censoria del puerto de Sicilia ¹⁸³, en la que se hallaba escrito «por los

¹⁷⁹ C.10,40(39),2 *Imperator Alexander Severus. Nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loci sedes sibi constituerunt, secundum epistulam divi Hadriani, nec pater, qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat.*

¹⁸⁰ DERNBURG, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸¹ Advierte LAUTERBACH, *op. cit.*, p. 24. Cap. XXV, que estas palabras han de ser tomadas no en su sentido gramatical sino jurídico, remitiéndose a Richter.

¹⁸² *Cfr. Index Int.*, t. III, p. 588.

¹⁸³ A este tipo de leyes se entiende referida la expresión *lege censoria* utilizada en el texto *Cfr. CUIACIO, Opera*, t. 8, Neapoli, 1722, col. 625: *Id est, in l. locationes, quam censor dixit locando publica*-. En estas leyes censorias se establecían las vectigales, pero el impuesto recaía sobre las mercancías destinadas a la venta, no al consumo— *Nam venalia tantum, sive promercalia pendunt portorium: usualia (sic voca-*

esclavos que alguno lleve a su casa para su uso no pague el portazgo». El jurista tenía que resolver dos cuestiones:

1. El significado de llevar a su casa –*domum ducere*–.
2. El significado de llevar para su uso –*suo uso ducere*–.

En su *responsa*, Alfeno Varo considera como *domus* el lugar donde cada cual tuviese su sede y sus *tabulas* –*ubi quisque sedes et tabulas haberet*¹⁸⁴–, y hubiese hecho el establecimiento de sus cosas –*suarumque rerum constitutionem fecisset*–¹⁸⁵.

Explica Zanger que entre los romanos la *laris collocatio* significaba la casa en la que se hacía el *lararium*, es decir, el *sacrarium* doméstico en el que se adoraban los lares y los dioses particulares¹⁸⁶.

La doctrina discrepa a la hora de valorar el papel de la *laris collocatio* en la determinación del domicilio romano, y así, mientras para Tedeschi¹⁸⁷ asume un papel central como elemento constitutivo, para Licandro es simplemente un índice presuntivo del *animus*¹⁸⁸.

mus) non pendunt portorium. Destaca Cuiacio como el jurista no identifica *domus* con la patria de origen sino con el domicilio. También explica que Alfeno Varo solía ser consultado en materia de las leyes dictadas por los censores en los arrendamientos públicos.

¹⁸⁴ En relación a este texto, define ALCIATO, *op. cit.*, t. I, col. 379, la «sede» como la habitación perpetua –*sedes, id est, habitationem perpetuam*–.

¹⁸⁵ Para THOMAS, Y., «*Origine*» et «*commune patrie*». *Étude de Droit public romain (89 av. J.-C – 212 ap. J.-C.)*, École française de Roma, Roma, 1996, p. 35, n. 28, el texto es atribuible a Servio Sulpicio Rufo. Opina LICANDRO, *op. cit.*, pp. 63-64 que la redacción del texto da a entender que la cuestión en él planteada no era nueva «sobre este particular se estableció que...» y que sobre la misma existían varias opiniones doctrinales «se suele preguntar si...o si...», por tanto, el concepto de domicilio ya estaría elaborado antes de la fase tardorrepública de la jurisprudencia romana. Sería la ambigüedad de la *lex censoria* del puerto de Sicilia, a la que se alude al principio del fragmento (...) la que habría dado lugar a la necesidad de un dictamen de los juristas (en igual sentido, LÓPEZ HUGUET, *op. cit.*, p. 90). En relación a las interpolaciones del texto, *cfr: Index interp... cit.*, t. III, p. 588.

¹⁸⁶ ZANGERI, J., *Tractatus duo. Uno de exceptionibus, alter de quaestionibus*, Witterbergae, 1694, pp. 53-54: *Laris voculam apud Romanos significasse domum, in qua lararium fit, hoc est, sacrarium domesticum, in quo lares et dii peculiares adorantur*. El autor advierte contra la confusión presente en algunos autores que atribuían a la expresión *lare m fovere* el mismo significado que en Alemania se daba a *fo-cum et ignem tenere (eigen Kauch und Licht oder Feuer halten)*.

¹⁸⁷ TEDESCHI, *Del domicilio...* *cit.*, p. 2. Para el jurista italiano, ningún texto autoriza a mantener que para la constitución del domicilio sea suficiente tener en un lugar los propios intereses patrimoniales, mientras que, por el contrario, numerosos pasajes destacan la importancia fundamental para la constitución del domicilio de la *laris constitutio*.

¹⁸⁸ LICANDRO, *op. cit.*, pp. 215 y ss. No discute que la *laris collocatio* sea un indicio de la efectiva estabilidad del individuo en un lugar, pero niega que tenga la particular importancia que tuvo en el ordenamiento jurídico romano en la primera fase de la historia del domicilio, lo que deduce a partir de la posibilidad de tener varios domicilios según la *tabula heraclea* –no pudiéndose constituir el culto doméstico más que en un lugar–, o del planteamiento del problema de la *destinatio animi* por parte de Celso respecto de aquél que habitase dos lugares igualmente.

A la *laris collocatio* se refiere asimismo una constitución del emperador Juliano del año 362, recogida en CTh. 12, 1,52, donde niega que la simple posesión de una casa, sin la *laris collocatio*, constituya domicilio¹⁸⁹:

CTh.12.1.52. *Idem a. ad Iulianum consularem Foenices. Non obstat curialium petitioni, quod ii, quos incolae dixerunt, alibi decuriones esse dicuntur; poterunt enim et apud eos detineri, si eorum patitur substantia et ante conventionem incolatui renuntiare noluerunt. Sola vero possessione sine laris collocacione praedictos onerari iuris ratio non patitur, quamvis res decurionum comparasse dicantur. Sane incolatus iure tunc detinendi sunt, si non aut arma gesserunt aut expeditioni militari praefuerunt aut sub praecone administrationis facti sunt senatores. Dat. III non. sept. Antiochiae; acc. id. oct. Tyro Mamertino et Nevitta cons.*

Otras menciones las encontramos en:

1) C.3,24,2. A través de esta constitución del año 330 que los emperadores Valente, Graciano y Valentiniano dirigen al Senado, se ordena que en las causas pecuniarias los senadores respondan ante la prefectura pretoriana o ante el *magister officiorum* si residen en Roma o en sus suburbios, debiendo responder en cambio en las provincias si allí tienen su domicilio o donde poseen la mayor parte de sus bienes y residen allí con frecuencia –*in provinciis vero ubi lares fovent aut ubi maiorem bonorum partem possident et adsidue versantur respondebunt*–.

2) CTh.7,21,4. En esta constitución del año 408 d. C. los emperadores Honorio y Teodosio anuncian que perseguirán con severidad a quienes hayan obtenido cartas testimoniales no por mérito propio sino en consideración a la persona que hubiera suplicado clemencia, no obstante lo cual, permitirán a tales personas vivir en la sacratísima urbe si allí hubieran constituido sus lares y su domicilio: *qui posuerunt illic lares adque domicilium*¹⁹⁰.

3) C.1,39, 2. El fragmento recoge una constitución de Valentiniano y Marciano del año 450 dirigida a Taciano, prefecto del pretorio, por la que se manda nombrar tres pretores para la ciudad eligiéndolos de los que tengan su propio domicilio en la ciudad y no de las provincias: *ut hi tamen tres ex his, qui proprium lares in hac alma urbe habeant*.

4) C.1,3,39 (38) pr., que transmite una constitución de León y Antemio, en la que se somete a sacerdotes, clérigos y monjes a sus jueces ordinarios, sin poder ser sacados del lugar, provincia o región que habitan, para que puedan servir más fácilmente por la proximidad a los sacrosantos altares, constituidos

¹⁸⁹ Observa LICANDRO, *op. cit.*, que no es sorprendente que Juliano, coherentemente con su política religiosa de restaurar el culto pagano, haya recuperado la concepción típica de la tradición y cultura antigua con la *domus* como sede de los lares familiares.

¹⁹⁰ CTh.7.21.4: *Imp. Honorius et Theodosius aa. Theodoro praefecto praetorio. Eos, qui testimoniales non suo merito, sed eorum contemplatione sunt adepti qui pro his nostram clementiam sunt precati, par severitas persequatur. Eos tamen esse in urbe sacratissima non vetamus, qui posuerunt illic lares adque domicilium. Dat. X kal. dec. Ravenna Basso et Filippo cons. (408 nov. 22).*

ellos en sus propios lares y domicilios *faciliusque de proximo sacrosanctis altaribus obsecudent in suis laribus et domiciliis constituti*.

5) C.1,3,48 (49),2. En esta constitución Justiniano dispone que en caso de que el testador hubiera nombrado herederos a los cautivos *si quidem captivos scripserit heredes* se hará cargo de la herencia el obispo y el ecónomo de la ciudad en que se conoce que el testador tenía su hogar y vivía *–civitatis, in qua testator larem fovere ac degere noscitur episcopus et oeconomus hereditatem suscipiant–* destinado la misma a la redención de cautivos.

El segundo de los elementos indicadores del domicilio que se menciona en D. 50, 16, 203, es el «lugar donde se tienen las *tabulas*». Hay que recordar que los romanos guardaban las crónicas familiares en códices en sus archivos domésticos, hechas en tablas de madera o cera¹⁹¹. También llevaban los libros de contabilidad *–codex accepti et expensi*^{192–}.

Para la Glosa, las *tabulas* mencionadas en D.50,16,203 son aquellas en las que antaño se llevaban la contabilidad doméstica¹⁹³.

b) *El usar de las ventajas de la ciudad.*

El criterio aparece mencionado en D.50,1,27,1, donde Ulpiano manifiesta que si alguno se sirve del foro, del baño y de los espectáculos, *si quis in eo foro balineo spectaculis utitur* y allí celebra los días festivos *–ibi festos dies celebrat–* y disfruta finalmente de todas las comodidades del domicilio y de ningunas de las colonias *–omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur–*, se considera que mas bien tiene allí su domicilio, que allí donde va para cultivar *–ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur–*.

El criterio lo utilizaba Ulpiano para resolver el supuesto de una persona que cultivaba en una colonia y realizaba siempre sus negocios en el municipio en el que compra, vende, contrata y se sirve de sus comodidades.

La legislación municipal hace referencia a otros *commoda* de los municipios. Por ejemplo, la *lex Irnitana* hace una regulación pormenorizada del pro-

¹⁹¹ PAULY-WISSOWA, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, IV A, 2, voz «Tabula», pp. 1881-1882. Según HEUMANN, H.– SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz, 1971, p. 577, la *tabula* es el lugar donde se escribe, recibiendo este nombre por el material en el que escribían sus documentos los romanos, que contenía dos o tres tablas de madera (*diptica, triptica*).

¹⁹² Explica LUZZATO, «Tabulae», *NNDI*, t. XVIII, 1957, p. 1019, que a imitación de este *Codex accepti et expensi* que los romanos usaban para su administración privada se realizarían posteriormente las anotaciones del magistrado sobre su propia actuación (*res gestae*). En relación con el *codex accepti et expensi* vid. TORRENT, *Diccionario...* cit., p. 1301 y ZANDRINO, L., *Osservazioni sul Codex accepti et expensi*, «SDHI»; n° 83, 2017 pp. 131 y ss.

¹⁹³ FEHI, *op. cit.*, p. 1853: *Tabulae sunt quas olim quisque de domestica ratione faciebat*.

cedimiento para la aprobación de los gastos en ceremonias religiosas y cenas para los munícipes, decuriones y concriptos *–inpensis in sacra ludos cenas-que faciendis–* (caps. 77 y 79), y se prohíbe hacer señalamientos en aquellos días en los que se den en el municipio espectáculos, banquetes o meriendas a los munícipes *–spectacula in eo municipio edentur epulum aud vesceratio municipibus*¹⁹⁴–.

En D.50,1,35 (*Mod. l. l. Excusationum*), Modestino también se refiere a la necesidad de disfrutar de las ventajas de la ciudad para estimar que se habita en ella, negando la cualidad de *incola* a quien permanece en el campo sin hacer uso de las comodidades de la ciudad: *Scire oportet eum qui in agro degat incolam non existimari: nam qui eius urbis commodis non utitur, propterea incola esse non existimatur.*

c) *El lugar donde se negocia.*

Varios autores, entre los que figuran Thomas y Licandro, han destacado la relevancia que en la determinación del domicilio se concede al lugar donde se negocia¹⁹⁵; y efectivamente, varias fuentes mencionan este criterio indicativo, como el pasaje, ya citado, de Ulpiano, recogido en D. 50,1,27,1, donde el jurista comienza refiriéndose a si alguno hace siempre sus negocios no en la colonia, sino en el municipio, en el cual vende, compra, contrata... *–Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit emit contrahit–*.

La alusión al lugar donde se negocia aparece también en D. 5,1,5 (Paul, l. XIV ad ed.), donde se menciona al que negociaba igualmente en varios lugares *–qui pluribus locis ex aequo negotietur–*.

d) *El lugar donde se encuentra la mayor parte de la fortuna –fortunarum suarum summam constituit–* como señalan C.10,40 (39),7, y D.50,16,203.

La importancia del lugar donde se poseen los bienes se pone también de manifiesto, por ejemplo, a los efectos de designar los magistrados competentes para el nombramiento de tutores o curadores.

Efectivamente, según establece un rescripto de Antonino Caracalla dirigido a Aristóbulo, fechado entre los años 214-215 d.C., serán competentes

¹⁹⁴ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 43, n. 49 y p. 26, n. 6.

¹⁹⁵ THOMAS, *op. cit.*, pp. 48-49; LICANDRO, *op. cit.*, p. 134, n. 197. Ya GLÜCK, *op. cit.*, t. V, p. 123, incluía dentro de los criterios que permiten deducir la intención de fijar el domicilio duradero en un determinado lugar el que uno comience a negociar o trabajar y haga todo lo que el resto de los habitantes del lugar están autorizados u obligados.

para el nombramiento los magistrados de la ciudad del origen o del lugar donde radiquen los bienes del menor, prevaleciendo estos criterios sobre el lugar donde los menores únicamente tienen su domicilio. En tal caso, se dispone que los menores sean restituidos a su patria y moren en el lugar donde tengan su patrimonio (C.5,32,1)¹⁹⁶.

La glosa a *summam*¹⁹⁷ se encarga de precisar que «la mayor parte de la fortuna» implica que no tiene más en otro lugar, aunque son suficientes otros medios para constituir el domicilio, como la *laris collocatio*.

Al comentar la constitución contenida en C.10,40 (39),7, Bartolo de Sassoferrato considera que, si se consigue probar que una persona tiene algo en una determinada ciudad, se le presume habitante *–incola–* de la misma, salvo que esta pruebe que en otro lugar tiene más¹⁹⁸.

Al lugar en el que se poseen la mayor parte de los bienes como indicio presuntivo del domicilio se refiere también Zanger, quien admite a estos efectos que la posesión se efectúe a través de un tercero¹⁹⁹.

e) *Lugar del que uno se va por obligación y del que cuando se marcha se considera que está de viaje y al que siempre se regresa*, tal y como se señala en C.10,40(39),7 *in fine*: *unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit*.

Los indicios que hasta ahora se han ido mencionando pueden servir como un criterio que facilite la determinación del lugar donde radicaba el domicilio y la residencia de una persona, tanto en el derecho romano como en el actual reglamento sucesorio europeo.

Pero existen supuestos en los que esta determinación reviste una mayor dificultad. Esto sucede, por ejemplo, en los supuestos de domicilio doble o plural o de ausencia de domicilio, de residencia habitual disociada (familiar y

¹⁹⁶ C.5,32,1. *Imperator Antoninus. Magistratus eius civitatis, unde filii tui originem per conditionem patris ducunt vel ubi eorum sunt facultates, tutores vel curatores his quam primum secundum formam perpetuam dare curabunt. Quod si filii tui neque possident quicquam in provincia, ubi morantur; neque inde originem ducunt, restituti apud patriam suam et ubi patrimonium habent morabuntur, ut ibi defensores legitimos sortiantur* *ANT. A. ARISTOBULAE. *A 215 PP. K. OCT. LAETO II ET CEREALE CONSS.‘.

¹⁹⁷ FEHI, *op. cit.*, t. 5.1, p. 79, gl. *Summam. Summam id est maximam. Et dicitur summa si non habeat alibi plus... Sic ergo sufficit k/k. Domicilium alicubi habere quaeaudmodum quis dicatur, alterum istorum, scilicet vel larem constituere: vel summam rerum habere.*

¹⁹⁸ BARTOLO A SAXOFERRATO, *Commentaria in tres libros Codicis... cit.*, fol. 21 v., ad l. *cives quidem*, CJ. 10,40 (39),7: *Nam si probo quod tu habes in ciuitate ista aliquid, praesumeris incola, nisi probes quod alibi habes plus.*

¹⁹⁹ ZANGER, *op. cit.*, pp. 54-55 *Secunda conjectura contracti domicilii est, si reus in aliquo loco majorem bonorum partem possideat... Quin enim nostro nomine sunt in possessione, ii non sibi, sed nobis possident & nos per eos possidemus.*

laboral) o de de traslados efectuados sin propósito de permanencia. Asimismo, pueden plantearse dificultades mayores a la hora de precisar el lugar de residencia habitual de menores, discapacitados o presos, por ejemplo.

El estudio pormenorizado de estas cuestiones hace aconsejable un estudio independiente de la materia, por lo que no van a ser objeto de análisis en este trabajo, al exceder del propósito del mismo.

III.2.2 EL DOMICILIO EN LA RECEPCIÓN

A lo largo del Derecho intermedio, se ha insistido aun con mayor intensidad en la necesaria concurrencia de ambos elementos en la delimitación del domicilio. Esto sucede ya con los glosadores y comentaristas.

De este modo, mientras Azón²⁰⁰ se limita a dar una definición de domicilio parafraseando las fuentes romanas, como el lugar donde se constituye la suma de su fortuna y sus lares, donde se vuelve cuando se está de viaje, Accursio, insiste claramente en el elemento intencional, al establecer la distinción entre el *origo*, que nadie puede cambiar, y el domicilio, *que por la voluntad se constituye y se retiene*²⁰¹; y con los comentaristas, como Bartolo de Saxoferrato²⁰² y Baldo de Ubaldis²⁰³.

Continúan en esta línea de pensamiento los humanistas, como Alciato²⁰⁴, o Donello²⁰⁵, que insiste en la necesidad conjunta de *habitatío* y *animus* de establecerse en un lugar de manera permanente, poniendo como ejemplos de

²⁰⁰ AZONIS, *op. cit.*, p. 188: *vbi constituit summam rerum suarum&larem, vbi facit ignem, a quo loco si recedat dicitur peregrinari.*

²⁰¹ ACCURSII, *Glossa in Digestum novum*, «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», t. IX, Augustae Taurinorum, 1968, p. 534 (gl. *Domicilium* a D.50,1,27,2): *dicitur quidam aliud est origo & aliud est domicilium, cum primum ex necessitate, &deferri non potest: secundum ex voluntate constituitur &retinetur.*

²⁰² BARTOLO A SAXOFERRATO, *Commentaria in secundam Digesti novi partem*, Lugduni, 1555, fol. 258 v., *ad l. Placet* (D. 50,1,3) *Quaero, qualiter constituitur domicilium? Respondeo, animo et facto, ut dic. glossa.*

²⁰³ BALDO UBALDI, *Commentaria in VII, VIII, IX, X & XI Cod. lib.*, Lugduni, 1585, fol. 305 v., *ad l. origine* –C.10,49 (39)3– *domicilium quia consistit ex facto et animo potest definere et mutare facto et animo.*

²⁰⁴ ALCIATO, A., *Opera omnia*, Vico Verlag, Frankfurt, 2004 (ed. facsim. de la ed. de Basileae, 1557-1558), col. 379. *Domum– Vbi igitur domicilium aliquis constiuerit, domum habere dicitur: ut satis non sit, quod aliquo in loco quis habitet, animo forte recedendi, sed necessarium est domicilium esse constitutum, id est rerum suarum summam ibi esse, frequentius a patres familias incolit.*

²⁰⁵ DONELLI, H., *Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili*, t. IV, Florentiae, 1842, col. 1289-1290. Tras criticar el concepto de domicilio contenido en el C.10,40(39) por que da lugar a la incertidumbre, lo define como *locus, in quo quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet*. Y, no dejando lugar a duda sobre los elementos constituyentes del domicilio, aclara: *dua res domicilium constituunt, quas superiore definitione volumus intelligi, habitatio cujusque, et animus ibi consistendi. Primum habitatio: sine hac domicilium non est (...) Habitatio non est satis, animus consistendi accedere oportet: ut*

residencia temporal, además del supuesto clásico de los estudiantes, el de quienes se trasladan a un lugar *legationis causa* y alquilan una casa o el de los que viajan *negotiandi aut mercaturae discendae causa*²⁰⁶.

La necesidad de ambos elementos también está presente en su discípulo Zanger²⁰⁷, en Lauterbach²⁰⁸, Heinecio²⁰⁹ y Thomasius²¹⁰.

Voet distingue entre domicilio propio y menos propio, entendido este último como aquél en el que falta el propósito de vivir perpetuamente, como el domicilio elegido por razón del litigio, el del relegado, o el militar²¹¹. Este autor menciona una serie de «conjeturas probables» interesantes para la prueba del domicilio, que a su juicio se podrán aplicar cuando no consta de manera clara dónde se ha constituido el domicilio ni consta el ánimo de abandonar un determinado lugar:

- a) se presume que se continúa en el domicilio de origen o domicilio paterno.
- b) se presume el domicilio donde se tiene la mayor parte de la fortuna.
- c) si habiéndose vendido los bienes que se tenían en otra parte, se reúne en otra ciudad con la familia, volviendo allí asiduamente²¹².

uis scilicet ita ibi inhabitet, ut ibi sedem sibi constituerit, idest, un ibi perpetuo consistat, non temporis causa.

²⁰⁶ DONELLI, *op. cit.*, col. 1290: *Quisquis temporis causa alicubi commoratur et consistit, ibi domicilium non habet. Veluti, si qui legationis causa aliquo venerint, et dum legatione fuguntur, ibi habitationem conduxerint: si qui venerint aliquo negotiandi, aut mercaturae discendae causa. Ipso adeo studiosi qui aliquo venerint studiorum causa, hoc ipso quod ibi ita consistent, ut post studia completa domum redeant.*

²⁰⁷ ZANGERI, *op. cit.*, p. 53, n° 20: *Animum persistendi & domicilium contrahendi.* Y un poco más adelante, a propósito de la interpretación que debe darse a la *laris constitutio*: *non enim ex eo quod quis focus & ignem teneant, arguitur domicilii constitutio, utpote quae ex solo animo perpetuo habitandi in loco dependat.*

²⁰⁸ LAUTERBACH, W. A., *Tractatio de domicilio*, Typis Johann. Henrici Reisi, Tubingae, 1663, p. 55, p. 19. El autor define el domicilio como la residencia que en un determinado lugar se ha instituido con intención de permanencia –*habitatio, certo in loco, animo perpetuo ibi consistendi instituta*–.

²⁰⁹ HEINECCIUS, *op. cit.*, p. 163: *nec habitatio sine anime destinatione, nec contestatio animi sine habitatione faciat domicilium.*

²¹⁰ THOMASIIUS, C., *Tractatio iuridica de vagabundo, sev eo qui est sine domicilio, occasione l. 27§2 ad municip.*, 3ª ed., Lipsiae, 1739, p. 44., n° 25: *ad constitutionem domicilii non sufficit nudus habitationis actus, sed praeterea & animus ac intentio perpetui ibi manendi requiritur.*

²¹¹ VOET, *op. cit.*, p. 453, cap. 94: *alius minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest, quod et in domicilio litis causa electo, et eo quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet animadvertere licet.*

²¹² VOET, *op. cit.*, p. 454, cap. 97: *quoties autem non certo constat, ubi quis domicilium constitutum habeat, et an animus sit inde non descendendi, ad conjeturas probabilis recurrendum... Sic enim in dubio in loco originis et domicilio paterno quemque praesumi continuasse domicilium, jam ante dictum. Idemque est, si aliquo loco majorem bonorum partem possideat: auto bonis divenditis, quae alibi possidebat, in aliam urbem cum familia se contulerit, ibique assidue versatus fuerit: vel jus civitatis aliquo in loco sibi acquisiverit, atque ita illic habitat.*

La doctrina francesa anterior al *Code civil*, como Pothier²¹³ o Argou²¹⁴, insisten en que una vez establecido el domicilio en un lugar, puede retenerse *animo solo*. Para este último resulta incluso más importante la voluntad que el hecho objetivo de la residencia, lo que supone como consecuencia que quienes no son dueños de su voluntad, como las mujeres casadas o los menores, no pueden elegir domicilio²¹⁵.

Quizá la única excepción sea Domat, que define el domicilio simplemente como el lugar de la residencia habitual, sin hacer alusión al elemento subjetivo.

La exigencia de estos dos elementos está presente también tanto en la Escuela Histórica con Savigny²¹⁶ como en la Pandectística: Glück²¹⁷, Puchta²¹⁸, Dernburg²¹⁹, Windscheid²²⁰ y Arndts²²¹.

El *Code* napoleónico se mantuvo fiel a la tradición, de modo que, tras determinar en el artículo 102 que «el domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es el pueblo en que tiene su principal

²¹³ POTHIER, R.J., *Introduction Générale aux Coutumes*, «Œuvres», t. X, Pichon-Béchet, Paris, 1827, p. 2: *une personne ne peut, à la vérité, établir son domicile dans un lieu qu'animo et facto, en s'y établissant une demeure: mais le domicile, une fois établi dans un lieu, peut s'y retenir animo solo.*

²¹⁴ ARGOU, G., *Institutions au Droit Français*, t. I, 3^{ème} ed., Paris, 1730, p. 31: *Il feut deux choses pour l'établir, l'habitation réelle, & la volonté de le fixer au lieu que l'on habit; l'une et l'autre sont nécessaires pour constituer le domicile, mais la volonté seule suffit pour le conserver; au contraire, la volonté seule ne suffit pas pour le perdre, il faut que le fait y foit joint.*

²¹⁵ ARGOU, *loc. ult.cit.*: *Comme le domicile consiste plus dans la volonté que dans le fait; ceux qui ne sont pas maîtres de leur volonté ne peuvent pas choisir un domicile.*

²¹⁶ SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho romano actual*, t. VI, trad. Mesia-Poley, 2^a ed., Centro editorial de Góngora, Madrid, 1924, p. 154, considera domicilio el lugar donde un individuo reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas. Es precisamente la intención actual de fijeza y perpetuidad la que permite distinguir las nociones de residencia y domicilio.

²¹⁷ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, V, trad. Biagio Brugui, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1893, p. 120: *per libera determinazione viene costituito un domicilio 1. Quando si stabilisce in un luogo col proprio patrimonio, e si ha pure 2. la intenzione di rimanere permanentemente in questo luogo.*

²¹⁸ PUCHTA, G.F., *Pandekten*, 8. Aufl., J. Ambrosius Barth, Leipzig, 1856, p. 70: *Es entsteht entweder durch den in Ausführung gebrachten Willen der Person (freiwilliges Dom.) oder durch rechtliche Vorschrift (dom. necessarium).*

²¹⁹ DERNBURG, H., *System des Römischen Rechts*, I, 8. Auf., Müller Verlag, Berlin, 1911, p. 46: *Domizil- Wohnsitz- eines Menschen ist der Mittelpunkt seiner Tätigkeit, in diesem Sinne sein regelmäßiger Aufenthaltsort. Derselbe fordert: a) den Willen des regelmäßigen Aufenthalts an einem Orte, dem man zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse macht (...) b) die Betätigung jenes Willens durch entsprechende Handlungen, z.B., durch Beziehen einer Wohnung.*

²²⁰ WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, I, trad. Fadda-Bensa, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, quien exceptuando los supuestos de domicilio necesario declara que: *non é possibile la fissazione di un domicilio, senza la volontà di colui che lo fissa. D'altra parte non basta la semplice volontà, se non le corresponde il rapporto di fatto.*

²²¹ ARNDTS, C.L., *Trattato delle Pandette*, t. I, anot. por Serafini, (ed. facs. de la de Bologna, 1877), Arnaldo Forni ed., 1981, p. 67.

establecimiento»²²², recogió los dos elementos romanos de *habitatio* y *animus sibi manendi*, al disponer en el artículo siguiente: «la mutación de domicilio se verificará en el *hecho* de habitar realmente en otro pueblo, junto con la *intención* de fijar en él su principal establecimiento».

Admitía este cuerpo legal dos modalidades de prueba de la mutación de domicilio:

a) expresa, mediante declaración ante las municipalidades del lugar que se deja y del pueblo a donde se transfiere el domicilio (artículo 104)

b) tácita, dependiendo en ese caso de las circunstancias la prueba de la intención (artículo 105).

Sin embargo, los tratadistas franceses posteriores al Código comenzaron a distinguir entre domicilio y residencia. Consideraron que el domicilio no dependía de esta última, sino que se trataba de una cuestión de derecho, una creación jurídica, consistiendo en la relación moral de la persona con un determinado lugar, donde la ley establece la sede jurídica de una persona, independientemente del hecho de la residencia; pues el domicilio, una vez adquirido, podía retenerse *solo animo*. Por el contrario, la residencia constituiría meramente una cuestión de hecho, pudiendo constituir un indicio del establecimiento principal que representa el domicilio²²³.

En este sentido, Demolombe²²⁴, que define el domicilio como la sede lugar de la persona, el lugar que le representa de cierta manera frente a terceros, destacaba la pervivencia de la constitución CJ. 10,40(39) 7 en el artículo 103 del *Code* francés, en cuanto que declara que en Derecho francés el domicilio es el lugar del establecimiento principal, es decir, el lugar que se hace centro

²²² *Código de Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Madrid, 1809. De manera similar, COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. De Buen, t. I, ed. Reus, Madrid, 1922, p. 820, entienden por domicilio la residencia que se considera que tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos.

²²³ Explica CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 417 y ss. que los juristas franceses se encontraron ante el anacronismo de los artículos 102 y 103 del *Code*, que hacían derivar el domicilio francés, al igual que el romano, del hecho de la residencia y de la intención de tener en ese lugar la sede del establecimiento principal, pero que en la práctica muchas veces no lo era (Cfr. COLIN y CAPITANT, *cit.*, p. 824: «Es lo más frecuente que la residencia y el domicilio no sean más que una sola cosa porque la mayor parte de las gentes habitan en un lugar único en el cual viven ejerciendo su oficio o su profesión. Pero una persona puede residir en un punto distinto de aquel en que tiene su principal establecimiento»). La revolución de los medios de comunicación y del transporte – continúa Carnelutti – fue dando lugar en muchos casos a que el lugar de residencia estable estuviera en lugar distinto a donde uno ha constituido la suma de sus cosas y de su fortuna, escindiéndose el establecimiento de los negocios y de los intereses, y como consecuencia, los conceptos de domicilio y residencia o habitación. (Cfr. LÓPEZ HUGUET, *El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el Derecho romano y significado actual*, «REDUR», 6, 2008, pp. 74 y ss.)

²²⁴ DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*, I, Paris, 1880, pp. 542 y 547.

de sus intereses, negocios y costumbres, la sede de su existencia social, *rerum ac fortunarum suarum summam*.

De manera similar, Colin y Capitant²²⁵, entienden por domicilio la residencia que se considera que tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos.

En Italia, la publicación del Código de 1865 supone la consagración de la distinción entre los conceptos de domicilio, entendido como el lugar de la sede principal de los propios negocios e intereses y residencia, entendida como el lugar en el que la persona tiene su estancia habitual²²⁶.

También el Derecho canónico recibió la doctrina romana del domicilio y la doble exigencia de *habitatio* y *animus sibi manendi*²²⁷. En la actualidad, el Código de Derecho Canónico establece en el canon 102.1 un doble sistema para la determinación del domicilio: aplicando de manera automática el criterio objetivo de la residencia cuando esta es superior a los cinco años, o prescindiendo de ese plazo, cuando la residencia vaya unida al elemento intencional de querer permanecer en un determinado lugar si nada lo impide²²⁸.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado los fundamentos romanistas de los foros de competencia judicial internacional previstos en el RES centrándonos exclusivamente en la sumisión de las partes y la residencia habitual, dada la exten-

²²⁵ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. De Buen, t. I, ed. Reus, Madrid, 1922, p. 820.

²²⁶ *Codice civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, artículo 16: *Il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei propri affari ed interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale*. El tenor es prácticamente igual al del artículo 43 del Código de 1942, con la salvedad de que se cambia *in cui essa ha* por *in cui essa ha stabilito*. Pese a valorar positivamente la autonomía conceptual que el *Codice* italiano otorga a la residencia, critica el hecho de que el mismo reproduce el régimen francés para el cambio de domicilio, que necesita de la concurrencia del hecho material de la residencia con el elemento intencional de fijar allí la sede principal, lo que da lugar a una norma anacrónica y antinómica.

²²⁷ GUTIERREZ, *Diritto delle persone*, «Apollinaris», 51, 1978, p. 481, señalando como diferencias principales entre el régimen del domicilio entre el Derecho romano y el canónico la introducción, en el segundo, de la institución del quasi domicilio, el carácter autónomo de la figura del vago en el derecho canónico y la posibilidad de tener domicilio autónomo por parte del menor en el derecho romano, frente al canónico, que solo le concede la posibilidad de tener un *quasi* domicilio.

²²⁸ De este modo, el canon 102.1 del Código de Derecho Canónico de 1983 dispone «El domicilio se adquiere por la residencia en el territorio de una parroquia o al menos de una diócesis, que o vaya unida a la intención de permanecer allí perpetuamente si nada lo impide, o se haya prolongado por un *quinquennio completo*» (el canon 92.1 del Código de 1917 recurría al plazo clásico de los diez años).

sión de la materia, quedando por investigar los fundamentos romanistas de los restantes foros que se recogen en el RES.

1. Por lo que se refiere a la *sumisión expresa*, en el RES se exigen como requisitos, además de que el causante haya optado por su ley nacional según el artículo 22 RES, que el consentimiento sea prestado por «las partes interesadas» en la sucesión, debiendo constar por escrito, con expresión de fecha y firma. Esta sumisión expresa tiene un efecto negativo –la derogación de la competencia– y otro positivo –la prórroga de competencia del tribunal elegido–.

El Derecho romano también conoció la sumisión expresa con los mismos efectos negativo y positivo que se observan en el RES, tal como nos lo transmite D.5,1,1 (*Ulp. l. II ad ed.*) donde consagra la formulación general de la sumisión expresa.

Esta sumisión únicamente puede tener lugar en favor de quien tenga jurisdicción, tal y como transmite Ulpiano en D.5,1,1 y se remarca en el C.3,13,3.

Igualmente se exige como requisito el consentimiento de las partes, sin que sea necesario el consentimiento o conocimiento del pretor, y así se observa en D.5,1,2,1 (*Ulp. l. III ad ed.*).

Este consentimiento tiene que carecer de vicios, puesto que el error en la persona del magistrado o sobre su competencia anula lo actuado ante el pretor (D.2,1,15, *Ulp. l. II de omn. trib.*).

Asimismo, se exigía una perseverancia en el consentimiento, de tal forma que la *mutatio voluntatis* excluía la prórroga de la jurisdicción: D.2,1,18 (*Afric. l. VII quaest.*); C.2,3,29 y C.1,51(50).

2. En defecto de acuerdo de elección de foro unánime de las partes interesadas, el artículo 9 del RES admite la *sumisión tácita* mediante la comparecencia ante el tribunal, sin impugnar la competencia de este. El RES no especifica las conductas concretas que suponen una «comparecencia sin impugnación de la competencia del tribunal».

Los supuestos de sumisión tácita mediante comparecencia fueron admitidos en el ordenamiento jurídico romano, tal como queda reflejado en C.3,13,1, el cual también tuvo que resolver si determinadas conductas constituían o no sumisión tácita.

A partir de aquí, se han analizado las conductas susceptibles de ser interpretadas o no como una sumisión tácita, con la finalidad de ofrecer soluciones que puedan servir de criterio interpretativo aplicable a los supuestos que puedan plantearse en la actualidad:

Son conductas no constitutivas de sumisión, por ejemplo, 1) por parte del actor la mera presentación de una demanda –C.3,9,1–; 2) la pretensión del demandado de que se le manifieste el género de la acción –D.5,1,33 (*Mod. l. III reg.*)–; 3) la emisión de una citación; 4) la petición de una copia de la demanda.

Por el contrario, sí se consideraba sumisión tácita 1) la comparecencia ante el órgano jurisdiccional alegando una excepción distinta de la *praescriptio fori* –C.8,36(35), 13 y D.5,1,52 pr. (*Ulp. l. VI fid.*)–; 2) formular la contestación a la demanda –C.3,9,1–.

3. En la actualidad, en torno al RES se plantean a propósito de la *residencia habitual del causante* los mismos problemas que en su día surgieron en el Derecho romano en torno al concepto de *domicilium*, a propósito de su carácter fáctico y de cara a su prueba:

3.1 En cuanto a los elementos integrantes de la noción de residencia habitual, del considerando 23 del Reglamento se desprende la exigencia, de un elemento objetivo, la *duración y la regularidad de la presencia* del causante en el Estado de que se trate, y por otro de un elemento subjetivo, que habrá de tomar en consideración las *condiciones y los motivos* de dicha presencia.

A partir del emperador Adriano es indubitada la exigencia de ambos elementos en la determinación del lugar del *domicilium* en el Derecho romano, tal y como aparece en D.50,1,27,2 (*Ulp. l. II ad ed.*) y se deduce de C.10,40(39)2, a propósito de los estudiantes que se trasladan a otro lugar *studiorum causa*, sin ánimo de constituir allí su domicilio.

3.2 En cuanto a la prueba, las reglas para la determinación de la residencia habitual se encuentran recogidas en los considerandos 23-25, teniendo en cuenta:

a) La necesidad de una evaluación general de las circunstancias de vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del fallecimiento, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, entre otros la duración y presencia del causante en el estado de que se trate, así como las condiciones y motivos de dicha presencia.

b) El carácter fáctico de dicha apreciación aparece también en el Derecho romano en D.50,1,20, pr., donde Paulo pone de manifiesto que el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho, no por la nuda declaración.

c) La residencia habitual así determinada deberá revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, teniendo en cuenta los objetivos específicos del Reglamento Europeo de Sucesiones.

3.3 Tanto el Derecho romano como la tradición romanística posterior aportan un repertorio de criterios que pueden revelarse de suma utilidad a los jueces, tribunales y autoridades encargados de determinar el lugar de la residencia habitual del causante a efectos del Reglamento Europeo de Sucesiones:

a) El lugar de *la laris collocatio*, donde se tienen las *tabulas*, y donde se hace el establecimiento de las cosas –D.50,16,203 (*Alfenus l. VII dig.*)–.

b) El lugar donde se negocia –D.50,1,27,1 (*Ulp. l. II ad ed.*); D.50,1,5 (*Paul. l. XL ad ed.*)–.

c) El lugar de cuyas comodidades se disfruta: lugar donde alguno se sirve del foro, del baño, de los espectáculos, etc. –D.50,1,27,1(*Ulp. l. II ad ed.*); D.50,1,35 (*Mod. l. I excusat.*)–.

d) Allí donde se encuentra la mayor parte de la fortuna –C.10,40(39)7 y D.50,16,203 (*Alfenus l. VII dig.*)–.

e) Lugar del que uno se va por obligación y del que cuando se marcha se considera que está de viaje y al que siempre se regresa, tal y como se señala en C.10,40(39),7 *in fine: unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit.*

f) No tiene carácter determinante la mera propiedad o posesión de una casa, tal y como señala con carácter general D.50,1,17,13 (*Pap. l. I resp.*) además de otros textos que aplican este criterio a supuestos concretos.

g) Tampoco lo tiene la simple declaración del interesado, como indica D.50,1,20 (*Paul. l. XXIV quaest.*) en relación a la *nuda contestatione o protestatione*.

O ESTADO COMO HERDEIRO LEGÍTIMO: VELHAS SOLUÇÕES PARA NOVOS PROBLEMAS (OU MAIS UM EXEMPLO DA INEVITABILIDADE DO DIREITO ROMANO)

The state as intestate heir: old solutions for new problems (or one more example of the inevitability of roman law)

DAVID MAGALHÃES
Universidade de Coimbra (Portugal)

Abstract: O principal objectivo deste trabalho é o de encontrar, a propósito de um erro cometido pelo legislador português, as raízes romanas do Estado como herdeiro legítimo. A conclusão a que se chega é a de que o *ius successionis* do Estado tem na sua origem considerações de ordem pública, que nunca passaram, nem passam, por considerar o Estado como sucessor legítimo, ao contrário do que faz o n.º 1 do art. 38.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de Agosto). Impõe-se, assim, uma interpretação ab-rogante deste preceito como a única solução razoável.

Palavras-chave: Direito romano; história do direito; direito das sucessões; Estado como herdeiro; herança vaga em benefício do Estado; domínio privado do Estado; interpretação ab-rogante.

Abstract: The main goal of this study is to find, in view of an error committed by the Portuguese legislative draftsmen, the Roman legal roots of the State as heir. The only possible conclusion is that the State's *ius successionis* is shaped by considerations of public order which have never encompassed such thing as making it a compulsory heir, in contrast to the erroneous article 38.º/1 of the Public Real Estate Legal Act (introduced by Decree-Law n.º 280/2007 of 7 August). Therefore, an abrogative interpretation is the reasonable solution.

Keywords: Roma law; legal history; law of successions; State as heir; vacant estate; State's private domain; abrogative interpretation.

SUMARIO: I.—A qualificação legal do estado como «sucessor legitimário»: um manifesto erro legislativo. II.—O Estado como herdeiro legítimo, sucessor testamentário ou sucessor contratual. análise do direito vigente. III.—As raízes romanas do Estado como sucessor mortis causa: um íter histórico a percorrer para a compreensão do direito actual. IV.—A interpretação ab-rogante como solução imposta pelo erro legislativo.

I. A QUALIFICAÇÃO LEGAL DO ESTADO COMO «SUCESSOR LEGITIMÁRIO»: UM MANIFESTO ERRO LEGISLATIVO

O art. 38.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de Agosto)¹ dispõe, sob a epígrafe «Heranças, legados e doações», que

«1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área das finanças decidir sobre a aceitação, a favor do Estado como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações.

2 - A aceitação de heranças, legados ou doações a favor dos institutos públicos compete aos seus órgãos de direcção nos termos da respectiva lei quadro dos institutos públicos».

O preceito, atinente à aquisição gratuita (Capítulo III, Secção I, Subsecção II) de coisas imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos², não pode senão causar a mais profunda perplexidade ao intérprete.

Com efeito, segundo o art. 2026º do Código Civil³, são títulos de vocação sucessória a lei, o testamento ou o contrato. E, de acordo com o art. 2027º, «a sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor». Ora, se o art. 38.º/1 do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público qualifica o Estado como «sucessor legitimário», a

¹ O diploma já foi objecto de múltiplas alterações, a última operada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31/12. A legislação referida ao longo deste trabalho é, na falta de indicação, a portuguesa.

² Art. 31.º/1: «As entidades referidas na alínea b) do artigo 1.º podem, para instalação ou funcionamento de serviços públicos ou para a realização de outros fins de interesse público, adquirir o direito de propriedade ou outros direitos reais de gozo sobre imóveis, a título oneroso ou gratuito, nos termos previstos nos artigos 32.º a 41.º». Refira-se que, nas autarquias locais, a aceitação de «doações, legados e heranças a benefício de inventário» compete à Assembleia de Freguesia, à Câmara Municipal ou ao Conselho Metropolitano – cf., respectivamente, os arts. 9.º/2, a), 33.º/1, j) e 71.º/1, w) do Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, com posteriores modificações.

³ Doravante, CC.

primeira tarefa a levar a cabo será a de procurar o regime aplicável à sucessão (legal) legitimária – que se encontra nos arts. 2156º e ss. CC.

Na verdade, o Estado não consta do conjunto dos herdeiros legitimários estabelecido pelo art. 2157º CC: cônjuge, descendentes e ascendentes. Só para estes se destina forçosamente uma determinada porção de bens, a chamada legítima (art. 2156º CC). Como pode, então, o aludido art. 38.º/1 referir-se ao «Estado como sucessor legitimário»?

Parece óbvio que o Decreto-Lei n.º 280/2007 não teve a intenção de, com essa breve referência, produzir uma revolução no direito sucessório português e atribuir ao Estado -qual familiar a proteger- uma parte da herança. Que motivos o justificariam, para mais através de um procedimento tão furtivo e sem se alterar expressamente a lei civil, que seria gravemente afectada? Que quota indisponível caberia ao Estado: dois terços da herança, metade, um terço? Estaria em concurso com os restantes herdeiros legitimários, só com alguns ou passaria a ser o único?

Tudo indica, pois, que o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público não quis modificar as regras da sucessão legitimária (atribuindo ao Estado o direito à legítima)⁴ e limitou-se a pressupor a disciplina sucessória do Código Civil. Mas fê-lo de forma deficiente. Como Mário Júlio de Almeida Costa e António Vieira Cura pertinentemente apontam, o legislador incorreu num erro de qualificação: o Estado não é «sucessor legitimário»⁵. Resta a questão de como se pode resolver o problema suscitado por tal erro legislativo. É dela que trataremos nas páginas que se seguem⁶.

⁴ O que não seria compatível com o direito de propriedade privada, garantido pelo art. 62.º da Constituição, ou com a protecção constitucional da família (arts. 36.º e 67.º da lei fundamental). Diga-se que nem sequer o direito sucessório soviético aproveitou semelhante expediente para violentar os acanhados limites da «propriedade pessoal» reconhecida pelo sistema socialista –NOGUEIRA, J.F., «A Reforma de 1977 e a Posição Sucessória do Cônjuge Sobrevivo», *Revista da Ordem dos Advogados*, 40 (1980) 663-664. Sobre a sucessão *mortis causa* a favor do Estado, vd. o art. 552 do Código Civil da República Socialista Soviética da Rússia.

⁵ ALMEIDA COSTA, M.J. DE, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª ed. com a colaboração de António Alberto Vieira Cura, Coimbra, Almedina, 2013, 422-423.

⁶ Tudo o que se escreverá a propósito do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público constante do Decreto-Lei n.º 280/2007 vale, *mutatis mutandis*, para os regimes jurídicos da gestão dos bens imóveis do domínio privado das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, aprovados, respectivamente através do Decreto Legislativo Regional n.º 11/2008/A, de 19 de Maio (alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 8/2017/A, de 10 de Outubro), e do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2012/M, de 20 de Abril. Também nesses diplomas as Regiões Autónomas são erradamente qualificadas como sucessoras legitimárias.

Art. 4.º do Regime Jurídico da Gestão dos Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma dos Açores:

«Aquisição gratuita

II. O ESTADO COMO HERDEIRO LEGÍTIMO, SUCESSOR TESTAMENTÁRIO OU SUCESSOR CONTRATUAL. ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE

Se o ordenamento jurídico nacional não inclui o Estado na lista de herdeiros legitimários, já o faz no âmbito da sucessão legítima: «são herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título» (art. 2132º CC). Assim, «se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte»⁷, o Estado é chamado à herança na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis (art. 2152º CC)⁸. A declaração de herança vaga para o Estado (art. 2155º CC) e a respectiva liquidação concretizam-se adjectivamente através da acção especial prevista nos arts. 938º a 940º do Código de Processo Civil, que conferem legitimidade activa ao Ministério Público⁹.

Ao contrário dos restantes herdeiros legítimos, nesta hipótese o Estado não pode repudiar a herança, que é adquirida *ipso iure*, sem necessidade de aceitação (art. 2154º CC)¹⁰. Desta forma se previnem soluções de continuidade na titularidade das relações jurídicas do autor da sucessão, até porque «o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro» (art. 2153º CC), evitando-se, nomeadamente, a existên-

1 - São competentes para decidir sobre a aceitação, a favor da Região como sucessora legitimária, de heranças e legados, bem como de doações, o Conselho do Governo Regional ou o membro do Governo Regional referido no n.º 2 do artigo 2.º

2 - Nos atos e contratos decorrentes da aceitação de heranças, legados ou doações, a Região é representada pelo diretor regional do Orçamento e Tesouro, podendo também sê-lo por qualquer pessoa devidamente credenciada para o efeito».

Art. 11.º do Regime Jurídico da Gestão dos Bens Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma da Madeira:

«Heranças, legados e doações

1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área do património decidir sobre a aceitação, a favor da RAM como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações.

2 - A aceitação de heranças, legados ou doações a favor dos institutos públicos compete aos seus órgãos de direção nos termos da respetiva lei quadro».

⁷ Art. 2131º CC.

⁸ Sobre as classes de sucessíveis na sucessão legítima, *vide* o art. 2133º CC.

⁹ A respeito da tramitação dessa acção, cf. ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», *Revista do Ministério Público*, 145 (Janeiro, Março 2016), 35 ss. (nas páginas 22 ss. procede-se a uma importante exposição do procedimento administrativo a ser iniciado e instruído pelo Ministério Público antes da propositura da acção).

¹⁰ Art. 2154º: «A aquisição da herança pelo Estado, como sucessor legítimo, opera-se de direito, sem necessidade de aceitação, não podendo o Estado repudiá-la». Note-se o desvio às regras contidas nos arts. 2050º e ss (aceitação) e 2062º e ss. (repúdio), aplicáveis aos legados por força do art. 2249º CC.

cia de coisas imóveis *nullius*, em consonância com o art. 1345º CC («as coisas imóveis sem dono conhecido consideram-se do património do Estado») ¹¹.

Advirta-se que, embora seja algo de difícil verificação, é pensável uma situação de aceitação ou repúdio da herança quando o Estado tem a qualidade de herdeiro legítimo: se for chamado, nos termos do art. 2152º, a uma herança cujo autor já tinha sido chamado a outra herança, mas falecera antes de a aceitar ou repudiar ¹². Aí será aplicável o art. 2058º CC ¹³ e não o art. 2154º (que apenas pressupõe o chamamento do Estado na falta de outros sucessíveis) ¹⁴.

Como se afigura evidente, o Estado também pode ser herdeiro testamentário ou legatário. Sendo o testamento «o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles» (art. 2179º/1 CC), nada impede que o autor da sucessão disponha desse modo a favor do Estado.

Tal como qualquer outro herdeiro testamentário ou legatário, o Estado tem de aceitar a herança ou o legado para os adquirir e pode exercer o repúdio ¹⁵. As limitações do art. 2154º apenas se aplicam à sucessão legítima na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis. É certo que, não existindo outros herdeiros legítimos, a aquisição a favor do Estado acabará por ocorrer por força do art. 2154º, mas as cláusulas acessórias do testamento que não lhe interessem não produzirão efeitos, porque não se verificará a sucessão testamentária ¹⁶. Uma diferença nada desprecienda.

¹¹ Sobre as «estreitas afinidades substanciais» entre o art. 1345º e os arts. 2133º, e) e 2152º-2155º CC, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, art. 1345º, n.º 3, 176.

¹² Veja-se AMARAL, M. N., «Heranças e Legados a Favor do Estado», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, 64.

¹³ Art. 2058º: «1. Se o sucessível chamado à herança falecer sem a haver aceitado ou repudiado, transmite-se aos seus herdeiros o direito de a aceitar ou repudiar. 2. A transmissão só se verifica se os herdeiros aceitarem a herança do falecido, o que os não impede de repudiar, querendo, a herança a que este fora chamado».

¹⁴ Exemplifica-se: A morre intestado, sem cônjuge e parentes sucessíveis, sendo a herança deferida ao Estado (que para isso não tinha de a aceitar, nem a podia repudiar). B, pai de A, tinha morrido intestado na véspera do decesso do filho, tendo este falecido sem aceitar ou repudiar a herança. Além de A, B tinha como parente sucessível C, seu colateral no quarto grau.

O Estado, na qualidade de herdeiro de A, tem o direito de aceitar ou repudiar a herança de B (direito que lhe fora transmitido nos termos do art. 2058º, pois A não o chegara a exercer). Se repudiar, C será chamado como herdeiro. Se C também repudiar, o Estado é de novo chamado, mas agora ao abrigo do art. 2152º e, por isso, adquire forçosamente a herança (art. 2154º).

¹⁵ A instrução do procedimento administrativo de aceitação da herança, legado ou doação é regulada pelo art. 39.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

¹⁶ Neste preciso sentido, ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», 19.

Numa hipótese de reduzido alcance prático, também é possível que o Estado seja sucessor contratual. Como é sabido, a sucessão contratual¹⁷ está fortemente limitada pela lei: «os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo no disposto no n.º 2 do artigo 946º» (art. 2028º/2 CC). Ainda assim, os esposados podem celebrar uma convenção antenupcial em que o Estado seja instituído herdeiro ou nomeado legatário por algum deles (art. 1700º/1, b) CC). Tal disposição tem carácter contratual se o Estado intervier na convenção como aceitante (art. 1705º/1 CC), aplicando-se os arts. 1701º e 1702º. Se o Estado não intervier, a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário revestem-se de valor testamentário (art. 1704º CC) e têm lugar as já apontadas necessidade de aceitação e liberdade de repúdio¹⁸.

III. AS RAÍZES ROMANAS DO ESTADO COMO SUCESSOR *MORTIS CAUSA*: UM *ITER* HISTÓRICO A PERCORRER PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO ACTUAL

No primeiro ponto, afastámos liminarmente que o Estado seja «sucessor legitimário», atribuindo tal qualificação a um erro legislativo. De facto, a génese e desenvolvimento históricos da consagração do Estado como sucessor *mortis causa* confirmam de modo pleno a implausibilidade de semelhante hipótese.

Pensamos desnecessário explicar, nesta sede, a importância do *ius romanum* nas origens de um direito como o nosso. Por isso, avançaremos sem delongas para a análise daquele, começando pelo que nos foi transmitido pelas *Gai Institutiones* (2,150):

«De acordo com a lei *Iulia*, não se retira a herança a quem foi constituído seu possuidor pelo edicto. Assim, tal lei estabelece que os bens se tornam vagos [*caduca*] e são atribuídos ao povo se o defunto não tiver herdeiro nem existir quem tenha a *bonorum possessio*»¹⁹.

¹⁷ «Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta» (art. 2028º/1 CC).

¹⁸ Cf. SOUSA, R.C. DE, *Lições de Direito das Sucessões*, II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 26, nota 55.

¹⁹ *Ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo heres uel bonorum possessor sit*. Na edição crítica da responsabilidade de Seckel e Kübler (que seguimos) o texto é completado do seguinte modo: *sane lege Iulia scriptis non aufertur hereditas, si bonorum possessores ex edicto constituti sint. nam ita demum ea lege, etc.*

Ou seja, se o defunto falecesse sem herdeiros à luz do *ius civile* ou do *ius praetorium*²⁰, por força da mencionada lei de Augusto (a *lex Iulia de maritan-*

A conclusão de que se trata da *lex Iulia* é retirada de fontes que analisaremos adiante, como os *Tituli ex Corpore Ulpiani* 28,7 e D.30,96,1: cf. BOLLA, S. VON «Zum römischen Heimfallsrecht», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 59 (1939), 546; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 68 (1965), 323, e *La lex Iulia et Papia*, 3.^a ed., Pádua, Cedam, 1995, 291.

²⁰ Como nota R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., 291, através da referência ao herdeiro e, alternativamente, a quem tivesse a *bonorum possessio*, ressaltava da citada passagem das *Gai Institutiones* a dicotomia *ius civile-ius praetorium*, que tanto marcou a formação do direito romano. Num exemplo da sua função de «*supplendi vel corrigendi iuris civilis*» aludida no texto conservado em D.1.1.7,1 (*Papinianus libro secundo definitionum*), e para atenuar a arcaica e iníqua disciplina do *ius civile*, os pretores urbanos intervieram na matéria sucessória. Tal foi expressamente constatado nas *Gai Institutiones* (3,25): *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt* («mas estas iniquidades jurídicas foram corrigidas pelo edicto do pretor»).

Uma vez que criar herdeiros era uma prerrogativa do *ius civile* que estava vedada ao *praetor*; tal correção passou pela concessão da *bonorum possessio* (isto é, a posse dos bens da herança), de molde a alterar as regras sucessórias do *ius civile romanorum*. Consultem-se, a propósito, os textos que se seguem.

– D.37,1,3,2 (*Ulpianus libro 39 ad edictum*): *Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit*. Tradução: «Assim, define-se a posse dos bens da herança como o direito de reclamar ou reter o património ou coisas que eram do defunto quando morreu».

– Gaius 3,32: *Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*. Tradução: «Contudo, aqueles que o pretor chama à herança não se tornam herdeiros segundo o direito, porque o pretor não pode fazer herdeiros. Os herdeiros podem ser feitos por lei ou acto jurídico similar, ou por senatusconsulto ou constituição imperial. Mas, quando o pretor atribui a posse dos bens da herança, aqueles a quem é feita essa atribuição ficam no lugar de herdeiros».

– I.3,9 pr.-2: *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia. nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint (...) Quos autem praetor solus uocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et uocantur bonorum possessores. adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatauit*. Tradução: «O direito de posse dos bens hereditários foi introduzido pelo pretor para emendar o direito antigo. O pretor não só emendou deste modo o direito antigo no que diz respeito à sucessão intestada, como já foi anteriormente dito, mas também daqueles que morreram com testamento feito (...) Todavia, aqueles a quem só o pretor chama à herança não se tornaram juridicamente herdeiros (porque o pretor não pode fazer herdeiros: os herdeiros podem ser feitos por lei ou acto jurídico similar, ou por senatusconsulto ou constituição imperial); mas, quando o pretor atribui a posse dos bens da herança, aqueles a quem é feita essa atribuição ficam no lugar de herdeiros e são chamados *bonorum possessores*. Ademais, o pretor estabeleceu vários graus na atribuição da posse dos bens da herança, para que ninguém morresse sem sucessor: os estreitíssimos limites estabelecidos ao direito de receber heranças pela Lei das XII Tábuas foram ampliados pelo pretor conforme o que é bom e equitativo».

Sobre o ponto, cf., v.g., a síntese de GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones. I - Instituciones*, 16.^a ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2008, § 173, 385.

dis ordinibus) os seus bens eram atribuídos ao *populus* como *bona caduca* (bens vagos)²¹.

Segundo a obra conhecida como *Tituli ex corpore Ulpiani*, na hipótese de sucessão intestada e quando não existisse nenhuma das pessoas que compunham sete graus de sucessores do *ius praetorium*, a *lex Iulia caducaria* atribuía ao *populus* de Roma a *bonorum possessio*, tornando-o possuidor dos bens hereditários²²:

«A posse dos bens da herança de quem morreu sem testamento é deferida por sete graus: no primeiro grau, os filhos; no segundo, os herdeiros legítimos; no terceiro, os mais próximos parentes cognados; no quarto, a família do patrono; no quinto, o patrono, a patrona, assim como os filhos e os pais do patrono ou da patrona; no sexto, o marido ou a mulher; no sétimo, os cognados de quem manumitiu, que por força da lei *Furia* estão autorizados a receber mais de mil *asses*; e se não houver ninguém a quem a posse da herança possa pertencer, ainda que seja por ter negligenciado o seu direito, os bens serão deferidos ao povo de acordo com a lei *Iulia caducaria*»²³.

Nestas passagens, os *bona caduca* identificavam-se notoriamente com os *bona vacantia*, isto é, os bens da herança vaga por falta de herdeiros²⁴, apesar de outros sentidos possíveis da expressão²⁵.

²¹ Vejam-se, por exemplo, SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano. Concetti Fondamentali*, Pádua, Cedam, 1934, 267-268; BOLLA, S. von, «Zum römischem Heimfallsrecht», 546; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, Milão, Giuffrè, 1963, 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, 2.^a ed., Munique: C. H. Beck, 1971, 702; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 325, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 291; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, cit., § 186, 405; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 305; ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia, Caduca y Libertorum*», in P. RESINA SOLA coord. e ed., *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*, Almería: Editorial Universidad de Almería, 2012, 77; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 18.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2015, 186.

²² Cf. SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 268; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 702; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 325, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 292; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305; ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia, Caduca y Libertorum*», cit., 78.

²³ *Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani* 28,7: *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus: primo gradu liberi; secundo legitimis heredibus; tertio proximis cognatis; quarto familiae patroni; quinto patrono, patronae, item liberis parentibusve patroni patronaeve; sexto viro, uxori; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet; et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria.*

²⁴ Assim, ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 333, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 294-295.

²⁵ Por *bona caduca* entendia-se, nomeadamente, os bens de que o *de cuius* dispunha por testamento a favor de pessoas que, em virtude das *leges caducariae*, não tinham *testamenti factio* (capacidade testamentária) passiva: cf. ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 225 e ss. e, nas fontes, a definição apresentada pelos *Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani* 17,1.

Também constituições imperiais pós-clássicas determinaram a aquisição dos *bona vacantia* pelo fisco na falta de herdeiros legítimos²⁶. Apontam-se duas, constantes do Livro 10, Título 10, do *Codex Iustinianus* (*De bonis vacantibus et de incorporatione*), conservadas em C.10,10,1 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*, do ano 292)²⁷ e C.10,10,4 (*Imperatores Honorius, Theodosius*, de 421)²⁸.

Um excerto da autoria do jurisconsulto clássico Iulianus (extraído do seu *libro 39 digestorum* e que nos chegou através de D.30,96,1) demonstra que a atribuição dos *bona vacantia* ao fisco cumpria a importante função de evitar a incerteza na titularidade das relações jurídicas do *de cuius*, provocada pela inexistência de herdeiros. Na falta de outro *heres* que titulasse o património deixado pelo defunto, o poder público assumia o papel que, de outro modo, seria daquele herdeiro e ficava incumbido da satisfação dos encargos da herança²⁹:

«Quando pela lei *Iulia* os bens vagos pertencem ao fisco, cumprem-se os legados e fideicomissos cujo cumprimento podia ser imposto ao herdeiro a cargo de quem teriam sido deixados»³⁰.

Em sentido semelhante, ao estudar a *lex Iulia et Papia*, Gaius expunha que, mesmo se as heranças fossem reivindicadas pelo fisco, os legados e as

Assumiram especial importância como leis caducárias a *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C) e a *lex Papia Poppaea* (ano 9), que foram promulgadas por Augusto (*maxime* em obediência a objectivos de incentivo demográfico) e que, devido à sua complementaridade, são conhecidas como *lex Iulia et Papia*. Sobre elas remete-se para a referida monografia de Astolfi; entre nós, António dos Santos JUSTO, *Direito Privado Romano*, V, cit., 41 e ss.

²⁶ VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59, nota 1.

²⁷ ... *intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas...* («... as coisas dos que falecerem intestados sem herdeiro legítimo serão reivindicadas para o nosso fisco...»).

²⁸ *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem* («ordenamos, portanto, que os bens vagos dos falecidos sejam transferidos para o fisco se não tiverem deixado nenhum herdeiro intestado por força da linha sanguínea ou de título jurídico legítimo»).

²⁹ Sobre o ponto, e.g., SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 271-272; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 703; JUSTO, A DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305.

³⁰ *Quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogentur heres a quo relicta erant*. Sobre a hipótese de interpolação desta passagem (e de outras anteriores a Caracala), com a substituição de «aerarium» por «fiscum», remete-se para, VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59, nota 3, KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 702, nota 3 e AGUDO RUIZ, A., «La Prescripción de las Controversias Fiscales», *Estudios de Derecho Fiscal Romano*, Madrid: Dykinson, 2016, 36. Trata-se de uma questão respeitante à evolução do direito público romano que, não obstante o seu óbvio interesse, está fora do perímetro desta investigação. Para aquilo de que necessitamos, basta sublinhar a atribuição dos bens vagos ao Estado.

manumissões estabelecidos por testamento eram integralmente mantidos (D.49,14,14, *Gaius libro 11 ad legem Iuliam et Papiam*)³¹:

«... reivindicadas por quaisquer outras causas as heranças para o fisco, mantêm-se as manumissões e os legados»³².

O fisco apenas adquiria, aliás, aquilo que sobrasse depois de satisfeitos os credores da herança, como se expunha no *libro nono epistularum* de Iavolenus (D.49,14,11), do qual também ressaltava a premência de encontrar proprietário para esses bens sobejantes³³:

«Não podem pertencer ao fisco quaisquer bens, a não ser os que sobram dos credores, porque na verdade se entende que são de alguém os bens que sobejam das dívidas alheias»³⁴.

A adjudicação da herança vaga ocorria *ipso iure*, mas o Estado podia a ela renunciar³⁵, como decorria do que foi conservado em D.36,1,6,3 (*Ulpianus libro quarto fideicommissorum*):

«Se forem deferidos bens vacantes ao fisco e este não os quiser reclamar, mas restituir ao fideicomissário, justíssimo será que, tal como se os tivesse reivindicado, assim o fisco faça a restituição»³⁶.

A renúncia à herança consistia num acto discricionário e não formal, que inclusivamente se podia manifestar através de uma conduta omissiva³⁷. Neste sentido depõe o texto transmitido por D.40,5,4,17 (*Ulpianus libro 60 ad edictum*), que contrapunha os bens que o fisco desprezara e deixara em estado de jacência e aqueles que reclamara³⁸. Como afirma Scialoja, o Estado só adquiria heranças se isso lhe fosse conveniente³⁹; em sentido idêntico, Kaden aponta que o fisco, podendo herdar, não tinha um dever de herdar, tanto que não era um dos herdeiros necessários (aqueles que o eram quer quisessem, quer não)⁴⁰.

³¹ SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 274; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 703.

³² ... *ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant*.

³³ SCIALOJA, *Diritto Ereditario Romano*, V., 274; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 297; JUSTO, A DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305.

³⁴ *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intellegitur, quod aeri alieno superest*.

³⁵ Pasquale VOCI, *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59.

³⁶ *Si fisco vacantia bona deferantur nec velit bona adgnosceret et fideicommissario restituere, aequissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere*.

³⁷ ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 298.

³⁸ ... *sive iacent bona fisco spernente sive adgnoverit*

³⁹ SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 275.

⁴⁰ KADEN, E.-H., «Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 44 (1924) p. 206 s. Recorde-se que havia duas categorias de

Para evitar o arrastamento de situações de indefinição, o direito de o *fiscus* adquirir a herança foi submetido a um prazo de prescrição de quatro anos, como decorre de D.49,14,1,2 (*Callistratus libro primo de iure fisci*) e de uma *constitutio* de Constantino, cuja data desconhecemos (C.7,37,1)⁴¹.

Contrariando a opinião de Labeo, o *edictum perpetuum* determinou que as heranças insolventes não pertenciam *ipso iure* ao fisco e os bens que as integrassem deviam ser vendidos, uma vez que nenhum bem sobejaria para o fisco adquirir (D.49,14,1,1, extraído, como se viu, do *libro primo de iure fisci* escrito por Callistratus):

«Pergunta-se se pertencem *ipso iure* ao fisco os bens insolventes. Escreve Labeo que também os que são insolventes pertencem *ipso iure* ao fisco. Mas, contra esta opinião, está escrito no edicto perpétuo que se vendem os bens se deles nada se puder adquirir para o fisco»⁴².

Ou seja, o fisco não adquiria patrimónios hereditários passivos e, consequentemente, os *bona vacantia* nem sequer chegavam a ser seus, havendo imediatamente lugar à respectiva venda com o objectivo de satisfazer os créditos sobre a herança⁴³. Para esse efeito, os credores requeriam a concessão de uma *missio in possessionem* dos bens hereditários. Cite-se, em tal conspecto, uma constituição promulgada pelos Imperadores Diocleciano e Maximiano, datada de 293 e que se conservou em C.7,72,5: «se os bens do teu devedor estiverem vacantes e não forem reclamados pelo fisco, com razão pedirás ao competente juiz que te ponha na posse deles»⁴⁴. Este texto permite a conclusão de que, também perante heranças insolventes, a não aquisição pelo Estado se podia manifestar através de uma pura omissão.

O poder público não ficava sujeito, deste modo, ao regime geral das dívidas da herança, que –por efeito da confusão dos patrimónios do *de cuius* e do herdeiro– responsabilizavam o *heres* ainda que ultrapassassem o activo here-

herdeiros que o eram forçosamente, sem necessidade de aceitação da herança, os *necessarii heredes* (Gaius 2,153; I.2,19,1) e os *sui et necessarii heredes* (Gaius 2,157; I.2,19,2; D.38,16,14, extraído de *Gaius libro 13 ad legem Iuliam et Papiam*). Cf., por exemplo, JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 26-28 e 62.

⁴¹ VOICI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 298; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305.

⁴² *An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.*

⁴³ Cf. SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 274-276; VOICI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 295-297; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305. A venda dos bens hereditários vacantes era tratada em fontes como D.38,9,1 pr. (*Ulpianus libro 49 ad edictum*).

⁴⁴ *Si bona debitoris tui vacare constet et haec a fisco non agnoscantur, in possessionem eorum mitti te a competenti iudice recte postulabis.*

ditário⁴⁵. O que revela uma grande proximidade de resultados entre a não aquisição dos *bona vacantia* insolventes pelo *fiscus* de Roma e a vigente sucessão legítima do Estado português, que responde, como qualquer herdeiro, pelos encargos hereditários apenas no limite das forças da herança (art. 2071º CC; art. 940º/7 CPC). Em ambas, os efeitos da insolvência não se repercutem sobre o Estado⁴⁶. Assinale-se que a responsabilidade do Estado *intra vires hereditatis* é um dado adquirido nos direitos modernos, ao ponto de se poder afirmar que ele apenas sucede na herança que tenha um saldo positivo⁴⁷, o que mais não é do que uma continuidade do *ius romanum*, talqualmente o expunha Callistratus.

Não entraremos na *vexata quaestio* da natureza do direito do fisco aos bens vagos (direito próprio ou direito hereditário?), de que já dava conta Pascoal de Mello Freire⁴⁸ e que tanto tem ocupado a romanística⁴⁹. Como bem

⁴⁵ Sobre essa responsabilidade *ultra vires hereditatis* (descrita em fontes como D.3,2,6,6 e D.37,1,3 pr.), cujos inconvenientes levaram Justiniano a conceder aos herdeiros o chamado *beneficium inventarii* para que respondessem somente *intra vires hereditatis* (C.6,30,22, de 531), cf., por exemplo, GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, cit., § 171, 380-381, e § 182, 398-399, e JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 93 ss. e 99 ss

⁴⁶ Como se observou, perante heranças insolventes, o *fiscus* abstinha-se de as adquirir (não se dando sequer início ao fenómeno sucessório) e, conseqüentemente, os credores podiam promover os procedimentos de insolvência. Ora, como a actual previsão legal de limitação da responsabilidade do herdeiro visa atingir o mesmo fim (não onerar o sucessor com a insolvência), também à luz do direito português parece justificado seguir a lição romana e evitar expedientes sucessórios desnecessários perante um herdeiro (o Estado) que, embora o sendo sem aceitar a herança, não tem de suportar o respectivo saldo negativo. Cremos, destarte, que são de louvar as propostas de João ALVES, «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», 12-13, que, chegando a resultados idênticos aos do direito romano, pretendem evitar que o Ministério Público, em representação do Estado como herdeiro legítimo, intente inutilmente a acção de liquidação da herança prevista nos arts. 938º a 940º do Código de Processo Civil. Assim:

– se a herança for constituída apenas por passivo, não deverá ser instaurada a acção, por absoluta inutilidade de uma eventual sentença (até porque, acrescente-se, o art. 938º/1 CPC pressupõe a existência de bens hereditários);

– se o passivo hereditário for superior ao activo, e atendendo a que o Estado iria responder até ao valor de tudo o que recebeu, deve ser seguido o processo de insolvência da herança (arts. 2º/1, b) e 10º, a) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), num claro paralelismo com a solução decorrente do *edictum perpetuum* e que conhecemos através de D.49,14,1,1;

– o Ministério Público pode abster-se de intentar a acção se concluir, após consulta da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, que a herança constituída somente por bens móveis tem reduzido valor – por exemplo, com o tempo de normal demora do processo, a cobrança de despesas bancárias deixaria a conta a zero (quanto aos imóveis, há que ter em conta o art. 1345º CC). Pensamos que esta solução é de seguir apenas nas situações em que, como no exemplo apresentado, expectavelmente acabará por haver uma falta de bens da herança durante a pendência da lide. Só aí poderá justificar-se um *non facere* do Ministério Público, pois a eventual decisão judicial também viria a ser proferida *inutiliter*.

⁴⁷ Cf. NEUMAYER, K.H., «Intestate Succession», *International Encyclopedia of Comparative Law*, V, 3, Mohr Siebeck: Tübingen, 2002, 60.

⁴⁸ FREIRE, P. DE M., *Institutionum Iuris Civilis Lusitani*, 3.ª ed., Olisipone: Typographia Ejusdem Academiae, 1810, Livro III, Título VIII, § XIX, 117.

⁴⁹ Na verdade, a *vexata quaestio* chegou até tempos bem mais próximos de nós, quando a matéria já era regulada pelas modernas codificações civis. Sobre ela se debruçou *ex professo*, no último quartel da

nota Antonio Fernández de Buján, «se considera por algunos autores que el derecho del Estado a la adquisición de las distintas categorías de bienes presenta un marcado carácter publicístico, basado en la soberanía, lo que no obsta para subrayar que la institución de referencia se privatiza tomando numerosos elementos de las disposiciones reguladoras de la esfera sucesoria, que permiten atribuir al *aerarium* y, con posterioridad, al *Fiscus* la posición *in heredis loco*»⁵⁰.

Destas breves pinceladas resulta muito clara a posição do Estado como sucessor universal do *de cuius* na falta de quem tivesse, segundo o *ius civile* ou o *ius praetorium*, a qualidade de herdeiro⁵¹. E aqui se encontra a mais funda gênese da presente solução portuguesa do Estado como herdeiro legítimo.

Segundo as Ordenações do Reino⁵², a herança era deferida a favor do cônjuge quando ao defunto intestado não sucediam parentes até ao décimo grau: «nesses casos não terão que fazer em tais bens os nossos Almoxarifes» (4,94). *A contrario sensu*, quando nem o cônjuge sobrevivesse ao *de cuius*, os Almoxarifes (isto é, os oficiais da Fazenda Nacional) já teriam o que fazer em tais bens, pelo que estava terminada a lista de sucessíveis *ab intestato* e a herança vagava para ao Estado⁵³.

Na verdade, as Ordenações estabeleciam que, nas suas vestes de soberania, o Príncipe podia tomar os bens vagos (Ordenações Afonsinas 2,24,12⁵⁴; Ordenações Manuelinas 2,15,16⁵⁵; Ordenações Filipinas 2,26,17⁵⁶) – o que, segundo a doutrina coeva, abrangia as heranças intestadas quando não houves-

vigência do Código de Seabra, João de Matos Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento VII, 1946.

⁵⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., 186-187. Até Vittorio SCIALOJA –um dos Autores que mais se distinguiu na defesa de que o Estado não tinha a categoria de herdeiro– apontava as semelhanças entre a sucessão universal do fisco e o fenómeno hereditário (*Diritto Ereditario Romano*, cit., 269).

⁵¹ Deixamos de fora deste estudo, porque pela sua natureza muito específica não se revela necessária à compreensão global do tema, uma análise da herança *ab intestato* a favor do fisco, enquanto patrono, dos chamados *bona libertorum*, isto é, heranças abertas pela morte de um escravo que o fisco manumitira *servi publici* e a quem não sobreviviam determinados herdeiros. Sobre o ponto, com desenvolvimentos, ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia*, *Caduca* y *Libertorum*», cit., 79-82.

⁵² Analisaremos, na falta de outra indicação, as Ordenações Filipinas.

⁵³ FREITAS, A.T. DE., *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876, 558, especialmente nota 6; Cândido Mendes de ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14.^a ed., Rio de Janeiro: Instituto Filomático, 1870, ad Ordenações Filipinas 4,94, nota 1 da segunda coluna da p. 948.

⁵⁴ «§3 Disserom as Lays Imperiaaes, que Direito Real he (...) §12 Item. Todolos beës, a que non he achado certo Senhor».

⁵⁵ «§6 Item Direito Real he poder o Principe tomar (...) §16 Item todos os bens vaguos, a que nom he achado certo senhorio».

⁵⁶ «§7 Direito Real he poder o Principe tomar (...) §17 (...) todos os bens vagos, a que não he achado senhor certo».

se herdeiros legítimos, como resultava das obras de Domingos Antunes Portugal⁵⁷, Mello Freire⁵⁸ ou Gouveia Pinto⁵⁹.

Já era, pois, na qualidade de titular da herança que o Soberano a concedia em benefício dos Cativos; se o Mamposteiro-mor dos Cativos não aceitasse tal mercê, competia ao Juiz dos Órfãos nomear um curador, que procedia ao inventário e administração do acervo hereditário (1,90,1):

«E finando-se alguma pessoa, que não tenha herdeiro algum, que sua herança deva haver, ou que a não queira aceitar, nem molher, que sua herança queira haver segundo nossa Ordenação, em tal caso o Juiz dos Órfãos o fará logo saber ao Mamposteiro Mór dos Captivos dessa Comarca, aos quaes temos feito mercê de taes heranças. E o dito Mamposteiro Mór a mandará arrecadar em nome dos Captivos, ou dirá, que não a quer aceitar. E não a querendo ele haver, ou defender, o Juiz dará Curador à herança, com o qual o Juiz fará inventario de todos os bens (...) E o dito Curador administrará a dita herança...»⁶⁰.

O Código Civil de 1867 não destoou da tradição. Ao regular a sucessão legítima⁶¹, o art. 1969º colocava a Fazenda Nacional na última classe de sucessíveis⁶², ocorrendo a respectiva sucessão nos termos dos arts. 2006º a 2008º⁶³.

Ainda na vigência do Código de Seabra, o Decreto-Lei n.º 31.156, de 3 de Março de 1941, determinou que a decisão de aceitação de heranças, legados e doações a favor do Estado era da exclusiva competência do Ministro das Fi-

⁵⁷ PORTUGAL, D.A., *Tractatus de Donationibus, Jurium et Bonorum Regiae Coronae*, II, Lugduni: Anisson & Pasuel, 1699, Lib. III, Cap. XIV, n.ºs 2-3, 103.

⁵⁸ FREIRE, P. DE M., *Institutiones*, Livro III, Título VIII, § XIX, 117.

⁵⁹ PINTO, A. J. DE G., *Tratado Regular e Prático de Testamentos e Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa: José Baptista Morando, 1844, Cap. XLII, § 9.º, 191-192.

⁶⁰ Sobre este regime e os numerosos diplomas que o vieram alterar e complementar, vide PINTO, A. J. DE G., *Tratado Regular e Prático de Testamentos e Sucessões*, Cap. XLII, § 9.º, especialmente a nota 1 da p. 191, e ROCHA, M. C., da *Instituições de Direito Civil Portuguez*, I, 4.ª ed., Coimbra: J. Augusto Orcel, 1857, § 346, 237-238.

⁶¹ Art. 1968º: «Se qualquer pessoa se finar, sem dispor de seus bens, ou dispozer só em parte, ou se, havendo disposto, o testamento for annullado, ou caducar, os seus herdeiros legitimos haverão os dictos bens, ou a parte delles de que o testador não dispozer».

⁶² Art. 1969º: «A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: 1.º Aos descendentes; 2.º Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236º; 3.º Aos irmãos e seus descendentes; 4.º Ao conjuge sobrevivivo; 5.º Aos transversaes não comprehendidos no n.º 3, até o décimo grau; 6.º À fazenda nacional». Os arts 1968º e 1969º foram alterados pela reforma do Código operada pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930, mas não se trata de ponto com relevo para este estudo.

⁶³ Art. 2006º: «Na falta de todos os herdeiros testamentarios ou legítimos, succederá o estado». Art. 2007º: «Os direitos e obrigações do estado, relativamente á herança, serão os mesmos que os de qualquer outro terceiro». Art. 2008º: «O estado não poderá tomar posse da herança, sem que preceda sentença que declare o seu direito, nos termos do codigo de processo». A liquidação da herança vaga em benefício do Estado seguia os termos dos arts. 691º a 694º do Código de Processo Civil de 1876.

nanças (art. 1.º). Ou seja, o preceito dizia respeito às heranças cuja aquisição pelo Estado dependia da sua aceitação, especialmente no âmbito da sucessão testamentária. E, com efeito, o Decreto-Lei n.º 31.156 concedia particular ênfase às liberalidades: o § único do art. 1.º declarava expressamente que «a aceitação implica a incorporação dos bens, objecto destas liberalidades, no património do Estado e o compromisso por parte dêste de realizar os fins a que elas obedecem» e, no mesmo sentido, a exposição de motivos sublinhava que «... a integração ou incorporação dêstes bens no património do Estado deve ser feita de forma a que se preencham e observem escrupulosamente os fins que tiverem em vista os instituidores dêstes actos de generosidade ou de civismo». Portanto, no que tocava a sucessão *mortis causa*, era a sucessão testamentária que constituía o cerne das preocupações da minuciosa regulamentação⁶⁴.

De fora ficavam, como é óbvio, a sucessão legítima do Estado na falta de outros sucessíveis e a sucessão legitimária. A primeira era imposta por força dos citados preceitos do Código de Seabra, não sendo necessária qualquer aceitação⁶⁵; além disso, o Estado não tinha a qualidade de herdeiro legitimário, pois não era um dos herdeiros em linha recta, ascendente ou descendente, a quem o art. 1784º do Código reservava uma porção de bens de que o testador não podia dispor.

O diploma do governo de Salazar sobreviveu à codificação civil oitocentista e durante quarenta anos coexistiu com a disciplina sucessória do actual Código. Os apontados preceitos do Decreto-Lei n.º 31.156 somente foram revogados pela alínea e) do art. 128º do Decreto-Lei n.º 280/2007. Em seu lugar surgiu o já analisado n.º 1 do art. 38.º, com a estranha (e errónea) menção do «Estado como sucessor legitimário».

Do excuro histórico que empreendemos retira-se, na verdade, que nunca no direito português houve fundamento para tal qualificação: o Estado foi e é sucessor legítimo e testamentário, mas jamais legitimário. Como já ocorria no direito romano⁶⁶, a sucessão legal *mortis causa* a favor do Estado justifica-se

⁶⁴ O art. 1.º não deixava de abranger situações de sucessão legítima: quando o Estado era chamado, na falta de outros herdeiros legítimos, a uma herança cujo autor já tinha sido chamado a outra herança, mas falecera antes de a aceitar ou repudiar. Também aí a aquisição da herança dependia de aceitação do Estado (e podia ser repudiada). Mas tratava-se de uma hipótese perfeitamente residual.

⁶⁵ Único entendimento possível, apesar de, ao contrário do que ocorre actualmente, não existir norma expressa nesse sentido: PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, art. 2154º, n.º 2, 250. Sobre a aceitação pacífica da desnecessidade de aceitação e da impossibilidade de repúdio da herança no direito então vigente, veja-se a exposição de Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», *cit.*, 207 ss.

⁶⁶ Recorde-se Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 186-187.

por interesses público (*maxime* de soberania)⁶⁷, embora prosseguidos através de um instrumento jusprivatístico⁶⁸.

Mas para a prossecução daqueles interesses de ordem pública nunca se utilizou, nem era necessário ou adequado utilizar, a figura da sucessão legítima. Impedir a indefinição das relações jurídicas do *de cuius* não implica –pelo contrário!– destinar-lhe forçosamente uma parte (ou a totalidade) da herança, em detrimento de outros sucessíveis.

⁶⁷ Destacando a componente de ordem pública da sucessão pelo Estado, Kenneth G. C. REID/Marius J. De WAAL/Reinhard ZIMMERMANN, «Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective», in Kenneth G. C. REID/ Marius J. De WAAL/ Reinhard ZIMMERMANN, ed., *Comparative Succession Law II – Intestate Succession*, Oxford University Press, 2015, 480, nota 319.

Veja-se, outrossim, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 10/2007 (Diário da República, 2.ª série - n.º 130 - 9 de Julho de 2007), 19 553: «... são razões de ordem pública que determinam, imperativamente, a atribuição da herança vaga ao Estado, sendo vedado a este repudiá-la, expressa ou tacitamente». Devido a essas razões, conforme se escreve no Parecer:

«Não está, pois, na disponibilidade do Estado-Administração intentar ou não intentar a acção especial prevista nos artigos 1132º a 1134º do CPC [actuais arts. 938º a 940º do Código de Processo Civil de 2013]. Como, no decurso da mesma, não está na sua disponibilidade pôr-lhe termo, designadamente mediante desistência do pedido ou transacção. Trata-se, como acentuava Alberto dos Reis (...), de uma relação jurídica de natureza indisponível. A vontade das partes não pode, pois, sobrepor-se ao interesse público que o ordenamento jurídico visa tutelar com tal acção.

Resulta do exposto que o Ministério Público, na prossecução dos múltiplos interesses comunitários postos por lei a seu cargo, está juridicamente vinculado à propositura da referida acção, ainda que o Estado-Administração, por razões de conveniência prática (v. g., evitar as despesas com o processo), não estivesse interessado em que a mesma fosse intentada. Havendo outros interesses comunitários a cargo do Ministério Público, não poderá este, postergando-os, passar a assumir exclusivamente os interesses do Estado-Administração, deixando de propor a acção no exclusivo interesse deste.

Para poder propor tal acção com autonomia em relação ao Estado-Administração, forçoso era que fosse atribuída ao Ministério Público legitimidade para a intentar em nome próprio, em representação do Estado-Colectividade, sem necessidade de recorrer ao pagamento prévio de quaisquer prepagos (presentemente denominados taxas de justiça) ou custas processuais. Com efeito, caso tal pagamento lhe fosse exigível, não dispondo o Ministério Público de dotação orçamental própria para a ele acorrer, sempre o mesmo ficaria condicionado, na propositura da acção, pela disponibilidade ou não, por parte do Estado-Administração, em efectuar esse pagamento, o que seria, de todo, irrazoável. Tratar-se-ia, na prática, de subordinar a prossecução imperativa pelo Ministério Público de determinados interesses comunitários à ponderação casuística dos interesses patrimoniais do Estado-Administração».

Recorde-se que, de acordo com o art. 4.º/1, a), do Regulamento das Custas Processuais, o Ministério Público está isento de custas «nos processos em que age em nome próprio na defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados por lei».

Pensamos que não há qualquer contradição entre este Parecer e o que se defendeu (*supra*, nota 46) sobre certas situações em que o Ministério Público não deve intentar a acção, em obediência às finalidades da figura da sucessão legítima a favor do Estado: nessas circunstâncias, o interesse público exige que a acção de liquidação não seja instaurada, sob pena de inutilidade.

⁶⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, art, 2153º, n.º 2, 249; art. 2154º, n.º 2, 250. Essa foi também a linha de força do já citado trabalho de Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», 229: «... nós concluímos pela defesa, *de jure constituto* e *de jure constituendo*, da teoria que vê no Estado um verdadeiro herdeiro legítimo. E assim, a regulamentação do seu direito que não decorra expressamente da lei, será a que directamente resulta dos princípios postos para a sucessão legítima».

IV. A INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE COMO SOLUÇÃO IMPOSTA PELO ERRO LEGISLATIVO

Conforme se expôs (*supra*, 1.), temos por absolutamente certo que o n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 280/2007 cometeu um erro ao qualificar o Estado como sucessor legitimário. Pelo que, cremos, apenas se antolha um caminho: o da interpretação ab-rogante da parte do preceito onde o erro é cometido. O legislador pressupôs um regime jurídico inexistente, pois as regras da sucessão legitimária não abrangem a sucessão pelo Estado, havendo que expurgar o segmento do qual não se consegue extrair qualquer sentido normativo⁶⁹ e procedendo-se à seguinte interpretação:

«1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área das finanças decidir sobre a aceitação, a favor do Estado como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações».

Só assim volta a haver consonância entre o Regime do Património Imobiliário Público e o direito sucessório – como exige, aliás, a «unidade do sistema jurídico» (art. 9.º/1 CC). Com esta proposta consegue-se que o art. 38.º/1 se refira apenas às situações sucessórias que dependem de aceitação e permitam o repúdio pelo Estado, sobretudo quando o título de vocação é o testamento⁷⁰. Só para elas faz sentido uma decisão do membro do governo responsável pelas finanças, já que na outra modalidade sucessória em que o Estado pode ser chamado como herdeiro (a sucessão legítima na falta de cônjuge e de parentes sucessíveis) a aquisição da herança opera-se de direito, com dispensa de aceitação (art. 2154.º CC). No fundo, é um regresso à solução do Decreto-Lei n.º 31.156, que só por manifesto lapso foi abandonada.

Por outro lado, também se evitam as antinomias normativas inerentes à atribuição ao Estado da qualidade de herdeiro legitimário, completamente estranha aos quadros do direito sucessório nacional e comparado⁷¹.

⁶⁹ A propósito da interpretação ab-rogante, a possibilidade de ela ser apenas parcial e o seu fundamento na remissão para um regime jurídico inexistente, *cf.*, *v.g.*, JUSTO, A. DOS S., *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2017, 348 e MACHADO, J. B., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2000, 186.

⁷⁰ Assinale-se que ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», *cit.*, 18-22, segue a qualificação legislativa e refere-se ao «Estado herdeiro legitimário». Mas todo o tratamento que dá à matéria sob essa epígrafe assenta na sucessão testamentária (a sucessão legitimária nem sequer é tocada...), revelando uma adequada compreensão do campo de aplicação do art. 38.º/1 do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

⁷¹ *Vid.* REID, K.G.C./DE WAAL, M.J./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Comparative Succession Law II. Intestate Succession*, *passim*.

Em abono da verdade, o próprio teor do Decreto-Lei n.º 280/2007 demonstra que a referência ao «Estado como sucessor legitimário» não passou de um engano, já que o art. 41.º refere a integral execução dos fins que condicionaram as heranças e os legados, o que é totalmente incompatível com a sucessão legitimária, mas já se compreende se o principal campo de aplicação do art. 38.º/1 for a sucessão testamentária. Apenas através da sua vontade expressada por testamento pode o autor da sucessão condicionar a herança ou o legado a determinada finalidade^{72, 73}.

⁷² Este argumento vale inteiramente para o Regime Jurídico da Gestão dos Bens Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma da Madeira – cf. o respectivo art. 14.º

⁷³ Em 2010, no âmbito de uns despreziosos casos práticos, a propósito da proibição de analogia da lei fiscal, inventámos uma subida astronómica do imposto sobre bebidas açucaradas («Noções Fundamentais de Direito. Casos Práticos e Exercícios Resolvidos», Coimbra: Coimbra Editora, 197). Ora, como é sabido, por força da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro, o Código dos Impostos Especiais de Consumo passou a prever o «imposto sobre o álcool, as bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes», criando-se, assim, uma tributação anteriormente inexistente para tais beberagens doces e com o Estado -tão permissivo noutros campos- a assumir-se como um verdadeiro Catão da glicose. Presciências destas não gostamos de ter. Daí a presente nota, fazendo-se votos de que este estudo não venha a ser aproveitado para transformar em (inconstitucional) solução legislativa aquilo que não passou de um erro...

ALCUNE CONSIDERAZIONI IN TEMA DI USUFRUTTO VEDOVILE

Some considerations about the usufruct of the widow

ELENA PEZZATO
Università di Bologna (Italia)

Sintesi: Il contributo offre alcune considerazioni in tema di usufrutto quale strumento di tutela della vedova. Tale impiego dell'istituto affonda le proprie radici nel diritto romano e tutt'oggi esso sovente figura nelle disposizioni testamentarie di coniugi predefunti. Se si volge uno sguardo ai regimi di successione intestata degli ordinamenti giuridici europei, si riscontra invece un crescente orientamento volto ad assicurare un vero e proprio diritto di proprietà al coniuge superstite e il conseguente graduale abbandono dell'usufrutto vedovile.

Parole chiave: Usufrutto; coniuge superstite; tutela vedovile; disposizioni testamentarie tra coniugi.

Abstract: The paper comments on the usufruct as an instrument for the protection of the widow. Such a use of this institution has its roots in Roman law and it is still frequently used in testamentary dispositions of pre-deceased spouses. Examining the intestate succession regimes of other European legal systems, we find a growing trend towards ensuring a real right to property for the surviving spouse while the usufruct of the widow is being abandoned.

Keywords: Usufruct; surviving spouse; protection of the widow; testamentary dispositions between spouses.

SOMMARIO: I.—Diritto romano. II.—Diritto degli ordinamenti giuridici contemporanei. III.—Conclusioni.

I. DIRITTO ROMANO

È pacifico che l'usufrutto, consistente secondo la celebre definizione paolina nel «[...] *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*» (D.7,1,1, *Paul. 3 ad Vitell.*)¹, sia sorto attorno al II sec. a.C., periodo in cui ebbe luogo la notoria disputa relativa alla qualificazione giuridica del parto della schiava².

Secondo ampia parte della dottrina³, inoltre, l'originaria *ratio* di tale istituto si identificherebbe proprio nella tutela successoria della vedova sposata *sine conventio in manum* e il notevole quantitativo di fonti attestanti la prassi di predisporre un legato di usufrutto a favore della vedova, d'altronde, non sembra che confermare siffatta ipotesi⁴.

Si tratta, in effetti, di uno strumento giuridico che permetteva al *pater familias* di compendiare la tutela economica della moglie con quella dei propri figli, istituendo questi ultimi quali unici eredi. La prole, in tal modo, non avreb-

¹ La medesima definizione ricorre in I. 2, 4 pr.

² Cfr. Cic. *De fin.* 1,4,12; D.5,3,27 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*); D.7,1,68 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*); D.22,1,28,1 (Gai. 2 *rer. cott.*), ripreso in I.2,1,37.

³ In tal senso, DE RUGGIERO, R., *Usufrutto e diritti affini (c.d. servitù personali)*, Napoli, Lorenzo Alvano, 1913, pp. 38-40, il quale ha evidenziato come nelle fonti giuridiche e letterarie (cfr. Cic. *Top.* 3,17; *Top.* 4,21; *Pro Caec.* 4,11) vi sia una ricorrente connessione tra lasciti testamentari a favore della moglie superstita e usufrutto. Nello stesso senso, cfr. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2.^a ed., Torino, Giappichelli, 1958, pp. 14-15; BRETONE, M., *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, Jovene, 1962, p. 20 e LA ROSA, R., *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 1 ss. La nozione è acquisita anche a livello istituzionale: cfr., ad esempio, BURDESE, A., *Diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, Utet, 1993, p. 363; SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano*, 10.^a ed., Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 237 s.; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 6.^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 311; MARRONE, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, 3.^a ed., Torino, Palumbo, 2006, p. 362; NICOSIA, G., *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, 6.^a ed., Catania, Torre, 2013, p. 322 e FRANCIOSI, G., *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 483. Contro tale tesi, recentemente, PIETRINI, S., *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, Giuffrè, 2008, che tuttavia non ha incontrato particolare seguito in dottrina. Per una critica, cfr. DI SALVO, S., *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstita*, in *Id.*, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 36 s. e ZUCCOTTI, F., *Vivagni. VIII, RDR*, Led, 2008, pp. 15-24.

⁴ È sufficiente, infatti, scorrere il primo titolo del settimo libro del Digesto, *De usu fructu et quemadmodum quis utatur*, o il secondo titolo del trentatreesimo libro, *De usu et usu fructu et reditu et habitatio- ne et operis per legatum vel fideicommissum datis*, per notare la frequenza di siffatto lascito. Per una più completa ricognizione delle fonti in materia e sul punto, si considerino i contributi di ESMEIN, A., *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, *RHD*, L. Larose et Forcel, 8, 1884, p. 17 s. (= *Id.*, *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886, pp. 54-55); COSTA, E., *La condizione patrimoniale del coniuge superstita nel diritto romano classico*, Bologna, Fava e Garagnani, 1889, p. 179 s.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, *La tradición romanística*, Barcelona, Ceac, 1982, pp. 104-107; BOYER, L., *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, *RHD*, Sirey, 43, 1965, pp. 384-386; HUMBERT, M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 233-240 e HEYSE, G., *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, p. 89 s.

be subito alcuna detrazione della quota ereditaria, limitando l'esercizio del proprio diritto di proprietà soltanto negli anni di vita che ancora restavano alla madre. Si evitava, inoltre, di istituire erede la vedova, eventualità –tra l'altro limitata per un certo periodo dalla *lex Voconia*⁵– che poteva comportare, alla morte della donna, la devoluzione del patrimonio paterno a favore di soggetti estranei all'originario nucleo familiare⁶, nonché il rischio che ella esaurisse o dissipasse tali beni, ancor prima che potessero giungere ai figli.

A ciò, si aggiunga che autorevole dottrina ha sostenuto come il legato di usufrutto predisposto a favore della vedova avrebbe perseguito l'ulteriore funzione di farle mantenere il ruolo genitoriale ricoperto quando il *pater familias* era ancora in vita, salvaguardando così l'integrità del nucleo familiare⁷. In tal senso, orienterebbero, in particolar modo, le fonti che indicano oggetto del legato di usufrutto –o di diritti a questo affini– l'abitazione condivisa dalla donna con il marito defunto (talora con i beni che vi si trovavano all'interno)⁸.

Benché siffatta tesi sembri godere di fondatezza con riguardo a una prima fase, l'introduzione dei caratteri di alienabilità e divisibilità dell'usufrutto testimoniano un successivo avvicinamento del suo legato a una rendita⁹ – similmente a quanto accaduto al *legatum penoris*, altro tipico legato predisposto a favore della moglie superstite¹⁰. L'evoluzione seguirebbe di pari passo la storia sociale dell'antica Roma, caratterizzata da una progressiva disgregazione del nucleo familiare, rallentatasi con la diffusione dei valori cristiani, età durante la quale è possibile –cautamente– ipotizzare un ritorno alla menzionata finalità dell'istituto.

⁵ Cfr. Gai. 2,274. Su tale plebiscito, per tutti, cfr. McCLINTOCK, A., *Un'analisi giuridica della 'lex Voconia'*, *TSDP*, 10, 2017, pp. 1-50.

⁶ Si rammenti che solamente nel 178 d.C., il senatoconsulto Orfiziano riconobbe ai figli la possibilità di succedere a preferenza di qualsiasi altro soggetto nella successione intestata della madre.

⁷ In tal senso, cfr. TAMASSIA, N., *Il testamento del marito. Studio di storia giuridica italiana*, Bologna, Zanichelli, 1905, pp. 18-23 (= *Id.*, *Scritti di storia giuridica*, III, Padova, Cedam, 1969, pp. 387-389); D'ORS, A.,-BONET CORREA, J., *El problema de la división del usufructo*, *ADC*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 5 (1), 1952, pp. 82-84; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 130 s.; HUMBERT, M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 233-236 e ZUCCOTTI, F., *Vivagni. VIII*, cit., p. 17 s.

⁸ Cfr. ad esempio D. 32, 33 pr. (Scaev. 15 dig.); D. 33, 2, 32, 2 (Scaev. 15 dig.); D. 33, 10, 8 (Mod. 9 resp.).

⁹ Di una seconda fase evolutiva parla HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 236-240. Cfr. anche D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo*, cit., p. 84 s.. Circa l'introduzione del carattere di alienabilità del legato di usufrutto, per tutti, cfr. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 309-321; in merito alla sua divisibilità, per tutti, BRE-TONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., pp. 95-98.

¹⁰ Sul *legatum penoris*, per tutti, cfr. ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, Cedam, 1969, pp. 77-134.

Il legato di usufrutto rappresentò per secoli il principale strumento di tutela patrimoniale della moglie superstite¹¹. E anche quando, in età tardoantica e giustiniana, vennero introdotti nuovi mezzi che garantivano un sostentamento economico alla vedova –la donazione nuziale¹² e la *quarta uxoria*– l’usufrutto non perse mai la sua fondamentale importanza in materia di tutela vedovile, perché su tale istituto essi si modellarono. Così, la riforma del 463 di Libio Severo in merito alla devoluzione della donazione nuziale alla morte del marito superstite prevede che «*in usumfructum tantum mater habeat*»¹³. Giustiniano, dopo aver introdotto, nel 537, l’istituto della c.d. quarta della vedova povera¹⁴, apportò dopo pochi anni, nel 542, alcune modifiche al regime prece-

¹¹ Sottolineano tale aspetto, in particolar modo, i contributi di ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., *passim*, e TAMASSIA, *Il testamento del marito. Studio di storia giuridica italiana*, cit., *passim*.

¹² Al di là della dibattuta e oscura *ratio* dell’istituto, che parte della dottrina ha individuato proprio nella tutela della vedova (in particolare a sostegno di tale tesi cfr. BRANDILEONE, F., *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bologna, Zanichelli, 1892 (= ID., *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna, Zanichelli, 1931, pp. 117-214]), la donazione nuziale ha, inevitabilmente, apportato in molteplici ipotesi delle benefiche ripercussioni sulla condizione patrimoniale della moglie superstite.

¹³ Cfr. Nov. Sev. 1: *Imp. Leo et Severus AA. Basilio P(raefecto) P(raetorio) et Patricio. Abrogatis capitibus iniustus legis divi Maioriani A. ad locum. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat. Nam quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita liberit, pro impensis obsequiis in filiorum electione liberales, usumfructum suum cui voluerint largiantur: proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant. (1) In illa tamen parte matribus salva filiorum utilitate consulemus, ne eas necessitas dandae fideiussionis adstringat, quia et factu difficile est et super hoc filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege prospicitur, quibus et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum, Basilio p(arens) k(arissime) a(tque) a(mantissime). (2) Quare inlustris et praeclausa magnificentia tua huius constitutionis oraculum edictorum faciet sollemnitate proponi, ut legis asperitas, quae ad amplitudinem tuam primae praefecturae administratione data est, per te correctae atque emendata vulgetur. Dat. X kal. Mart. Rom(ae) Basilio VC. Cons. Nonostante la discussa natura del diritto riconosciuto in capo alla vedova binuba da alcune costituzioni a questa precedenti –e da cui Nov. Sev. 1 trae origine–, anche la dottrina maggiormente avversa a riconoscere che in esse si faccia riferimento all’usufrutto (con il significato assunto dal termine nel diritto romano classico) non pone seriamente in dubbio la natura del diritto di cui parla Libio Severo. Cfr. in particolare CAES, L., *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère. Contribution à l’étude du régime juridique de la donation pour cause de mariage, échue à la mère veuve sui iuris, depuis de loi Feminae (a. 382) de Théodose I jusq’ à la Nouvelle I (a. 463) de Sévère*, Courtrai, Imprimerie Groeninghe, 1949, pp. 104-112.*

¹⁴ Cfr. Nov. 53,6: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τῆς Ἐφῶς τὸ β’, ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικῶν... Ἐπειδὴ δὲ πρὸς φιλανθρωπίαν ἅπας ἡμῖν ὁ νόμος ἤρμωσται, οὐρῶμεν δὲ τινὰς συνοικούντας γυναίξει προικῶν χωρὶς, εἴτα τελευτῶντας, καὶ τοὺς μὲν παῖδας ἐκ τοῦ νόμου καλουμένους πρὸς τὸν πατρῶον κληρὸν, τὰς δὲ γυναῖκας, κἄν εἰ μυριάκις ἐν τάξει νομίμης γαμετῆς συνῶκησαν, ἄλλ’ οὐν διὰ τὸ μὴ γενέσθαι μῆτε προῖκα μῆτε προγαμίααν δωρεάν μηδὲν ἔχειν δυναμένας, ἄλλ’ ἐσχάτη συζῶσας ἀπορία, διὰ τοῦτο θεσπίζομεν, πρόνοιαν γενέσθαι τούτων καὶ ἐν τῇ διαδοχῇ τοῦ τελευτήσαντος, καὶ τὴν τοιαύτην γαμετὴν μετὰ τῶν παίδων καλεῖσθαι. καὶ ὡς περ ἐγράψαμεν νόμον βουλόμενον, εἴπερ ἄπροικον οὖσαν τὴν γαμετὴν ὁ ἀνὴρ ἀποπέμμεται, τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας λαμβάνειν αὐτήν, οὕτω κἀνταῦθα, ἐπειδὴ περ εἰκὸς ὀλίγους ἢ πλείους εἶναι παῖδας, τὴν τετάρτην τῆς περιουσίας μοῖραν κομίζεσθαι τὴν γυναῖκα, εἴτε πλείους εἴτε ἐλάττους οἱ παῖδες εἶεν. εἰ μὲντοι πρεσβεῖόν τι καταλίποι αὐτῇ ὁ ἀνὴρ ἑλάττων τῆς τετάρτης μοίρας, ἀναπληροῦσθαι τοῦτο ἴνα

dentemente predisposto, stabilendo, *inter alia*, che nel caso in cui vi fossero più di tre figli, alla madre spettasse una quota pari a quella di ciascun figlio, potendo disporre del solo usufrutto se in concorso con la propria prole¹⁵.

Ecco dunque, che la tutela della moglie superstite può dirsi in diritto romano per la sua maggior parte imprescindibilmente legata all'istituto dell'usufrutto.

II. DIRITTO DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI CONTEMPORANEI

Lo strumento dell'usufrutto ha preservato inalteratamente per secoli il suo carattere di strumento originariamente finalizzato alla tutela vedovile. Le

καθάπερ ἀδικουμέναις αὐταῖς ἐβοηθήσαμεν, εἴπερ ἀποπεμφθεῖεν παρὰ τῶν ἀνδρῶν ἄπροικοι καθεστῶσαι, οὕτω κἂν εἰ μένοιεν μέχρι παντός παρ' αὐτοῖς, τῆς αὐτῆς ἀπολαύσασσι προνοίας, δηλαδή πάντων κατὰ μίμησιν ἐκεῖνης ἡμῶν τῆς διατάξεως τῆς τὸ τέταρτον ἀφοριζούσης αὐταῖς κἀνταῦθα κρατούντων ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως δὲ ἐπὶ τῶν γυναικῶν. κοινὸν γάρ καὶ τοῦτον ἐπ' αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον, ὥσπερ δὴ καὶ τὸν ἔμπροσθεν. 1. Εἰ μέντοι τινὰ ἴδια ἢ γυνὴ πρᾶγματα κατὰ τὴν οἰκίαν τοῦ ἀνδρὸς ἢ ἀλλὰχόσε ἀποκεείμενα ἔχοι, τοῦτων τὴν εἰσπραξίν καὶ παρακατάσχεσιν ἔχέτω πᾶσι τρόποις ἀμείωτον, ὑποκεισθαι τῶν τοιοῦτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκεῖνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ. 2. Ταῦτα δὲ φαιμεν, εἴπερ τῶν συνοικούντων θάτερος προικὰ τε καὶ προγαμιαίαν δωρεάν μὴ ποιησαμένον ἀπόρων ἢ ὁ ἀνὴρ ἢ ἡ γυνὴ διάκειται, ὥστε τὸν μὲν τελευτῶντα ἢ τὴν τελευτῶσαν εὐπορον εἶναι, τὸν δὲ περιόντα ἢ τὴν περιούσαν πένεσθαι. ἐπειτοίγε εἴπερ ἀλλὰχόθεν ἴσως εὐποροίη, τὴν οὐκ εἰςνεγκοῦσαν προικὰ ἢ τὸν οὐκ ἐπιδόντα τὴν διὰ γάμον δωρεάν οὐκ ἂν εἴη δίκαιον βαρύνειν τοὺς παῖδας τῆ διαδοχῇ τοῦ συνοικήσαντος, διότι νόμος ἄλλος ἐστὶν ἡμέτερος, τὴν προικὰ μὴ εἰςνεγκαμένην μὴ δύνασθαι τὰ τοῦ ἀνδρὸς οἰκειοῦσθαι διὰ προγαμιαίας δωρεάς, ὅπερ κἀνταῦθα βουλόμεθα κρατεῖν, πλὴν εἰ μὴ αὐτὸς ὁ ἀνὴρ ἢ πρεσβεῖον αὐτῆ ἢ τι μέρος τῆς ἐνστάσεως καταλίποι· γίνεσθαι γάρ τοῦτο κατ' οὐδένα βασκαίνουμν τρόπον, ἵνα διὰ πάντων ἡμῖν σύμφωνα τὰ τῶν νόμων τηροῖτο καὶ ἡ ἀπορία τοῦ συνοικήσαντος παρὰ τῆς εὐπορίας τῆς θάτερου θεραπευοίτο. ... Dat. k. Oct. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. Anno XI., post cons. Belisarii v. c. anno II. (1 Oct. 537). Sull'istituto della quarta della vedova povera, per tutti, Bonini, R., La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5), Studi Sassaesi, III s., Giuffrè, 3, 1970-1971, pp. 793-816 (= Id., Contributi di diritto giustiniano (1966-1976), Bologna, Pàtron, 1990, pp. 1-31).

¹⁵ Cfr. Nov. 117,5: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Θεοδότῳ ἐπάρχῳ πραιτωρίων ... Ἐπειδὴ δὲ νόμον ἦδη τειθεικάμεν προστάττοντα, ὥσπερ εἰ ποτὲ τις γυναῖκα δίχα προικῶν λάβοι μετὰ διαθήσεως γαμικῆς καὶ ταύτην χωρὶς αἰτίας γνωριζομένης τοῖς νόμοις ἐκβάλῃ, λαμβάνειν αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας, καὶ ἕτερον μετὰ ταῦτα πεποιήκαμεν νόμον τὸν διορίζοντα, εἴ τις ἀπορον γυναῖκα κατὰ διαθήσιν μόνον λάβοι καὶ μέχρι τελευτῆς σὺν αὐτῇ ζήσας προτελευτήσῃ, λαμβάνειν ὁμοίως καὶ αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς ἐκεῖνου περιουσίας (οὕτω μὲντοιγε ὥστε μὴ ὑπερβαίνειν αὐτὸ τὴν τῶν ἑκατὸν τοῦ χρυσοῦ λιτρῶν ποσότητα), ἐν τῷ παρόντι κάλλιον ἐκότερον νόμον διατυποῦντες θεσπίζομεν, ἐφ' ἐκατέρου θέματος τοὺς ἐκ τῶν τοιοῦτων συνοικεσίων τεχθέντας παῖδας νομίμους εἶναι καὶ εἰς τὴν πατρῶαν καλεῖσθαι κληρονομίαν, τὴν δὲ γυναῖκα ἐφ' ἐκατέρου τούτων τῶν θεμάτων, εἰ μὲν ἄχρι τριῶν ἔχοι παῖδων ὁ αὐτῆς ἀνὴρ εἴτε ἐξ αὐτῆς εἴτε καὶ ἐξ ἑτέρου συνοικεσίου, τὸ τέταρτον μέρος οὐσίας τοῦ ἀνδρὸς λαμβάνειν· εἰ δὲ πλείονες εἴησαν οἱ παῖδες, τοσοῦτον ἐφ' ἐκατέρου ὁμοίως θέματος λαμβάνειν κελεύομεν τὴν γυναῖκα ὅσον ἐνὶ τῶν παίδων ἀρμόζει. οὕτω δηλαδή ὥστε χρῆσιν μόνην ἐπὶ τοῖς τοιοῦτοις πράγμασι τὴν γυναῖκα ἔχειν, τὴν δεσποτείαν δὲ ἐκεῖνοις τοῖς παισὶ φυλάττεσθαι οὐδὲ ἐξ αὐτοῦ τοῦ γάμου ἔσχειν. εἰ δὲ ἡ τοιαύτη γυνὴ παῖδας ἐξ αὐτοῦ μὴ ἔχοι, κελεύομεν καὶ δεσποτείας δικαίω ἔχειν αὐτὴν τὰ πρᾶγματα, ἄπερ ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρὸς οὐσίας εἰς αὐτὴν ἐλθεῖν διὰ τοῦ παρόντος ἐκελεύσαμεν νόμου. τὴν μὲντοι ἀλόγως ἐκβληθεῖσαν ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τῷδε τῷ νόμῳ. τὸν ἄνδρα γάρ ἐπὶ τῶν τοιοῦτων θεμάτων τὸ τέταρτον μέρος κατὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τὴν γυναικὸς πᾶσι τρόποις κωλύομεν. ... Dat. XV. k. Ianuar. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XVI. post cons. Basilii vc. ind. ζ'. (18 Dec. 542).

fonti di età intermedia testimoniano, infatti, un continuo e frequente ricorso a tale istituto in merito alla salvaguardia economica della moglie superstite, sia da parte dei privati –nei testamenti–, che da quella del legislatore, nelle previsioni in materia di successione intestata¹⁶.

Si riscontra, invece, un graduale abbandono dell’istituto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, a partire dal xx secolo, per quanto concerne i regimi di successione intestata. In un generico contesto di «ipertutela» del coniuge superstite, sviluppatosi all’interno di una società che si è lentamente indirizzata verso un maggior riconoscimento del ruolo femminile e la valorizzazione del rapporto coniugale¹⁷, l’usufrutto uxorio conosce attualmente una fase di declino.

Oggi giorno, infatti, solamente in pochi paesi facenti parte dell’Unione Europea, è riconosciuto un diritto di usufrutto al coniuge superstite sui beni del defunto consorte.

Procedo quindi a richiamare solamente qualche esempio, senza alcuna pretesa di completezza né di un’azzardata quanto superficiale comparazione, ma con l’intento di offrire –se possibile– qualche spunto di riflessione¹⁸.

Tra i paesi in cui l’usufrutto uxorio è ancora presente, vi è la Spagna¹⁹. Il sistema di successione intestata del *Código civil* prevede, infatti, che il coniuge superstite riceva una quota in usufrutto dei beni oggetto dell’eredità, variabile a seconda che vi siano figli o discendenti (pari in tal caso a un terzo)²⁰, solo ascendenti (pari alla metà)²¹ o nessuno di costoro (due terzi)²². Si tratta di un

¹⁶ Per quanto concerne la prassi testamentaria relativamente ai legati di usufrutto in favore della moglie in età intermedia, cfr. ROSSI, G., «*Duplex est usufructus*». *Ricerche sulla natura dell’usufrutto nel diritto comune*, II, *Da Baldo agli inizi dell’Umanesimo giuridico*, Padova, Cedam, 1996, pp. 261-377. Alcuni esempi (tratti da disposizioni dei Codici civili preunitari italiani) di sistemi in cui la quarta vedovile era in semplice usufrutto sono ricordati nella Relazione sul progetto del terzo libro del Codice civile (titoli I, II, III) presentato al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863, n.° 45, Torino, Stamperia reale, s.d., pp. 10-11.

¹⁷ Sul punto cfr. ZOPPINI, A., *Le successioni in diritto comparato*, Torino, Utet, 2002, pp. 64-68.

¹⁸ Per una comparazione dei regimi predisposti da alcuni paesi europei, cfr. la –pur datata– Inaugural-Dissertation di PETER, M., *Der Ehegattennießbrauch im Erbrecht der europäischen Länder des romanischen Rechtskreises*, Köln, s.e., s.d. (post 1972).

¹⁹ L’usufrutto è previsto anche nelle legislazioni di *derecho foral*, che non è tuttavia possibile richiamare in tale sede.

²⁰ Cfr. art. 834 *Código civil*: *El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*. Una disposizione particolare è prevista nel caso in cui la vedova o il vedovo concorrano con i figli del solo *de cuius*, cfr. art. 840 *Código civil*: *Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios*.

²¹ Cfr. art. 837 *Código civil*: *No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia*.

²² Cfr. art. 838 *Código civil*: *No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia*.

diritto che è, a ogni modo, commutabile in una rendita vitalizia, nel percepimento dei prodotti di determinati beni o in capitale monetario²³.

Nell'ordinamento francese, attualmente, la vedova (o il vedovo), nel caso in cui vi siano uno o più figli o discendenti comuni, ha la possibilità di scegliere tra l'usufrutto della totalità o la proprietà di un quarto dei beni esistenti. Diverso è il caso in cui vi siano dei figli non comuni: per evitare dissidi, il legislatore ha qui imposto la proprietà di un quarto²⁴. Quello dell'usufrutto, inoltre, è il regime presunto qualora il coniuge superstite sia stato invitato dagli eredi a esercitare il proprio diritto di opzione, ma non l'abbia posto per iscritto entro tre mesi²⁵ o sia deceduto prima di aver scelto²⁶. Anche qui, tuttavia, l'usufrutto può essere, eventualmente, convertito in una rendita vitalizia²⁷.

Ancora, in Belgio, in caso di concorso con i discendenti del defunto, il coniuge superstite è chiamato a percepire l'usufrutto dell'intera successione, mentre qualora vi siano ascendenti, fratelli o sorelle e loro discendenti, egli riceve la piena proprietà di quella parte dei beni in comunione tra gli sposi che era propria del *de cuius* e l'usufrutto dei beni propri del coniuge predefunto²⁸. Anche in tal caso è comunque possibile convertire l'usufrutto²⁹.

Di contro, numerosi sono gli ordinamenti dei paesi europei che nel corso dell'ultimo secolo hanno rinunciato a siffatto strumento e attribuito al coniuge superstite un vero e proprio diritto di proprietà.

²³ Cfr. art. 839 *Código civil*: (1) *Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.* (2) *Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.*

²⁴ Cfr. art. 757 *Code civil*: *Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux.*

²⁵ Cfr. art. 758-3 *Code civil*: *Tout héritier peut inviter par écrit le conjoint à exercer son option. Faute d'avoir pris parti par écrit dans les trois mois, le conjoint est réputé avoir opté pour l'usufruit.*

²⁶ Cfr. art. 758-4 *Code civil*: *Le conjoint est réputé avoir opté pour l'usufruit s'il décède sans avoir pris parti.*

²⁷ Cfr. artt. 759-762 *Code civil*. Art. 759 *Code civil*: *Tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nus-propriétaires ou du conjoint successible lui-même.*

²⁸ Cfr. art. 745bis §1^{er} *Code civil*: (1) *Lorsque le défunt laisse des descendants, des enfants adoptifs ou des descendants de ceux-ci, le conjoint survivant recueille l'usufruit de toute la succession.* (2) *Lorsque le défunt laisse des ascendants ou des frères, soeurs ou descendants de ceux-ci, le conjoint survivant recueille: 1° la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun et dans le patrimoine en indivision exclusivement entre les époux, et 2° l'usufruit des autres biens du patrimoine propre du défunt.* (3) [...].

²⁹ Cfr. artt. 745quater-745sexies *Code civil*.

In Germania, alla fine dell'Ottocento, in occasione della redazione del BGB –e quindi dell'unificazione dei vari diritti regionali–, si è pacificamente riconosciuto al coniuge superstite una quota in proprietà³⁰. Anche a fronte di un acceso dibattito dottrinale circa l'opportunità di prevedere inoltre l'usufrutto vedovile sulle quote ereditarie spettanti ai figli comuni³¹, la Gesetzgebungskommission ha confermato la sua refrattarietà a recepire tale istituto, per ragioni di ordine storico, giuridico-economico e morale³².

In Italia³³, si è proceduto all'eliminazione dell'usufrutto uxorio nell'ambito della complessa riforma del diritto di famiglia attuata nel 1975³⁴. In un'ottica di valorizzazione del rapporto coniugale e del ruolo rivestito dalla donna tanto nella dimensione endofamiliare quanto in quella esofamiliare, si è ritenuto maggiormente conforme tutelare i suoi diritti successori attribuendole una quota in proprietà³⁵.

Successivamente, hanno proceduto in tale direzione anche la Svizzera, nel 1988³⁶, e recentemente, nel 2014, l'Ungheria, in occasione della redazione

³⁰ Cfr. § 1931 BGB: (1) *Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.* (2) *Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.* (3) *Die Vorschrift des § 1371 bleibt unberührt.* (4) *Bestand beim Erbfall Gütertrennung und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers berufen, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen; § 1924 Abs. 3 gilt auch in diesem Falle.*

³¹ Circa la disputa sorta tra Schmitt e Planck e le rispettive posizioni e argomentazioni, cfr. MERTENS, H., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & co., 1970, pp. 66-69.

³² Cfr. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, V, Erbrecht, Berlin und Leipzig, J. Guttentag, 1888, p. 368 s.. Tale scelta è stata ribadita dalla seconda commissione, che ha rigettato ulteriori progetti volti a introdurre l'usufrutto vedovile; cfr. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, V, Erbrecht, Berlin, J. Guttentag, 1899, pp. 471-476.

³³ Tratta questioni affini a quelle qui affrontate focalizzandosi sull'evoluzione storica di diritto italiano (e la prassi dei privati) DI SALVO, *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstite*, cit., pp. 35-48.

³⁴ L. 19 maggio 1975 n. 151 (artt. 172, 176, 178, 180 rispettivamente di modifica agli artt. 536, 540, 542, 544 del Codice civile). La riforma era volta alla realizzazione di «una famiglia nuova, conforme al precetto costituzionale, corrispondente ai nuovi rapporti dell'odierna società, alla caduta di vecchie ipocrisie, all'affermazione, anche nell'ambito familiare, dei valori della libertà, della partecipazione, della responsabilità» (Atti parlamentari – Camera dei deputati. Proposta di legge n. 23 presentata il 22 maggio 1975. Riforma del diritto di famiglia, p. 2).

³⁵ Significative le parole dell'On. Maria Eletta Martini (Camera dei deputati – Commissioni in sede legislativa – Commissione IV Giustizia – seduta di mercoledì 2 agosto 1972): «[...] il coniuge superstite non è più ai margini del patrimonio che, nella maggior parte dei casi, ha contribuito a creare; non è più cioè, usufruttuario, ma è erede a pieno titolo [...]», disposizione che «[...] salvaguardia e tutela nel modo più idoneo la parte più debole, generalmente la donna [...]» (p. 10).

³⁶ Cfr. l'attuale art. 462 del ZGB (modificato dalla legge federale del 5 ottobre 1984, in vigore il 1° gennaio 1988 [RU 1986 122 153 art. 1; FF 1979 II 1119], a seguito della votazione popolare avvenuta il 22 settembre 1985).

del nuovo Codice civile in vigore da quello stesso anno, che riconosce ad ogni modo alla vedova (o al vedovo) il diritto di abitazione sulla casa coniugale³⁷.

Come anticipato, tali riforme si inquadrano all'interno di un generale contesto di valorizzazione dell'unione coniugale e del ruolo femminile. Tuttavia, vi è da dire che, oltre a siffatti principi di ordine morale, a guidare tali scelte normative vi sono anche ragioni di ordine economico: la moderna gestione del patrimonio familiare coinvolge molto spesso beni mobili negoziabili che non presentano alcuna connessione familiare e il cui solo usufrutto non sarebbe in grado di sostenere il coniuge superstite. Inoltre, l'aumento dell'aspettativa di vita e la frequente prassi delle seconde nozze meglio si compendiano con l'attribuzione di una quota in proprietà alla vedova (o al vedovo) e il conseguente «svincolamento» dei beni, a vantaggio dei figli eredi e dello stesso superstite³⁸.

Ad ogni modo, è interessante notare come, a sopperire l'abbandono dell'usufrutto legale vedovile, possa intervenire, con riguardo alla casa coniugale e all'arredo in essa contenuto, il riconoscimento di diritti a questo affini, quelli di abitazione e di uso – o, più in generale, l'attribuzione di particolari “privilegi” su tali beni³⁹.

Così, tra gli ordinamenti sopra menzionati dei paesi che hanno rinunciato all'usufrutto uxorio, si prenda ad esempio l'Italia, il cui Codice civile prevede che al coniuge superstite siano riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni⁴⁰. In Svizzera, alla vedova (o al vedovo) spetta il diritto privilegiato all'attribuzione dell'abitazione e delle suppellettili domestiche⁴¹. Dell'Ungheria si è già detto. È possibile fare anche l'esempio della Francia, ove, come si è visto, sopravvive ancora (in parte) l'usufrutto vedovile, e si è

³⁷ Cfr. § 7: 58, § 7: 59; § 7: 60; § 7: 61 Polgári Törvénykönyv.

³⁸ Sul punto cfr. anche REID, K. G C-DE WAAL, M. J-ZIMMERMANN, R., *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, in Reid-de Waal-Zimmermann, (edited by), *Comparative Succession Law*, II, *Intestate Succession*, Oxford, Oxford University, 2015, p. 497.

³⁹ Il discorso si ricollega alla concezione di casa coniugale presente nei vari ordinamenti europei. Sul punto cfr. FERRARI, I., *La casa familiare tra diritto italiano e straniero*, in Panforti-Ferrari, (a cura di), *La casa familiare. Conflitti interpersonali e dinamiche sociali in Europa*, Modena, Mucchi, 2010, pp. 149-173.

⁴⁰ Cfr. art. 540 co. 2 Codice civile: Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli.

⁴¹ Cfr. art. 612a ZGB (Attribuzione dell'abitazione e delle suppellettili domestiche al coniuge superstite): (1) Se la casa o l'appartamento, in cui vivevano i coniugi, o suppellettili domestiche rientrano nell'eredità, il coniuge superstite può chiedere che gliene sia attribuita la proprietà imputandoli sulla sua quota. (2) Ove le circostanze lo giustificano, invece della proprietà può essergli attribuito, ad istanza sua o degli altri eredi legittimi del defunto, l'usufrutto o un diritto d'abitazione. (3) [...]. (4) [...].

comunque stabilito a favore del coniuge superstite un diritto di abitazione a titolo gratuito della casa coniugale per un anno⁴² e, nel caso in cui la casa fosse di proprietà del defunto consorte, che il diritto si estenda all'intera durata della sua vita⁴³.

III. CONCLUSIONI

Mi accingo ora alle conclusioni. L'usufrutto uxorio, frutto dell'elaborazione dei giureconsulti romani, istituito a metà tra il diritto successorio e il diritto familiare, è stato inevitabilmente messo in discussione dai profondi mutamenti economici, sociali e familiari che hanno interessato l'ultimo secolo. Pur continuando a sopravvivere nell'autonomia dei privati, ad esso molti ordinamenti europei sembrano aver definitivamente rinunciato, limitandosi –al più– ad accogliere diritti a lui affini aventi a oggetto la sola casa coniugale e il suo arredo.

E se, come ci ha insegnato Jhering, è necessario volgersi «durch das römische Recht, aber über daselbe hinaus»⁴⁴, tanto nella creazione quanto nell'abolizione degli istituti giuridici è fondamentale conoscerne la storia e dunque studiare, con attenzione e senso critico, la nostra eredità comune, il diritto romano.

⁴² Cfr. art. 763 *Code civil*: (1) *Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit.* (2) [...]. (3) [...]. (4) [...].

⁴³ Cfr. art. 764 *Code civil*: (1) *Sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant.* (2) [...]. (3) [...]. (4) [...]. (5) [...].

⁴⁴ VON JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, 7.^a e 8.^a ed., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1924, p. 14.

DERECHO ROMANO, DERECHO EUROPEO Y CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

Roman law, European law and European succession certificate

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Universidad de Granada

Resumen: El Derecho romano ha sido un derecho común europeo desde el siglo XII hasta el s. XXI. Lo fue con Justiniano en el siglo VI ante el caos que supuso la caída del Imperio Romano de Occidente; lo fue en el siglo IX con Carlomagno (*Caesar Imperator Augustus*, lo que significaba ser el heredero del Imperio romano); lo fue en el siglo XII, cuando el Derecho romano era la *ratio scripta*; en el Renacimiento, incluso en la Codificación.

Palabras clave: Derecho romano, Derecho europeo, certificado sucesorio europeo.

Abstract: Roman law has been a European common law from the twelfth to the twentieth century. And it has almost always been like this: it was so with Justiniano in the sixth century under the chaos of the fall of the West Roman Empire; it was so in the ninth century with *Carolus Magnus (Caesar Imperator Augustus*, which meant to be the heir of the Roman Empire); in the twelfth century, when Roman law was the *ratio scripta*; in the Renaissance, even in the Codification.

Keywords: Roman Law, European Law and European Succession Certificate.

SUMARIO: Proemio. I.—Derecho romano y Derecho europeo. II.—Certificado sucesorio europeo.

PROEMIO

El Derecho representa la civilización. Y hace más de dos mil años ya decía Cicerón, que «Roma no es simplemente un concepto geográfico. Roma no se define por ríos, montañas o mares. Roma no es cuestión de sangre, de raza o religión. Roma es un ideal. Roma constituye la más alta encarnación de la libertad y el derecho que el mundo ha alcanzado en los últimos diez mil años, desde que nuestros antepasados decidieron salir de las cuevas, bajar de las montañas y vivir en comunidades regidas por el *imperium* de la ley»¹. Por ello, añadía Cicerón que «todo hombre debía ir a Roma al menos una vez en la vida»².

I. DERECHO ROMANO Y DERECHO EUROPEO

En la actualidad, como decía Van Caenegem³, que «Los europeos actuales vivimos bajo sistemas jurídicos nacionales que se encuentran casi invariablemente codificados. Los franceses viven bajo el *Code civil*, los alemanes bajo el *Bürgerliches Gesetzbuch*... salvo los ingleses con su propio *Common Law* o Derecho común no codificado. Y Hace pocos años los holandeses consiguieron un flamante código civil nuevo que reemplazó al viejo de 1838».

En realidad, el Derecho Romano siempre ha sido un *Derecho Común Europeo* desde el siglo XII hasta el s. XXI. Y prácticamente lo ha sido siempre: lo fue con Justiniano en el siglo VI ante el caos que supuso la caída del Imperio Romano de Occidente; lo fue en el siglo IX con Carlomagno (*Carolus Magnus* o *Caesar Imperator Augustus*, lo que significaba ser el heredero del Imperio romano); en el siglo XII, cuando el derecho romano era la *ratio scripta*; en el Renacimiento, incluso en la Codificación.

En los momentos actuales, cuando se discute sobre un hipotético y futuro Estado europeo, es digno de destacar que el primer experimento en esta línea fue el *Ius Commune*. Uno de los atractivos del derecho romano era el hecho de su cosmopolitismo, en la medida en que se enseñó de forma similar utilizando

¹ HARRIS, R., *Imperium*, (trad. Fernando Garí Puig), Ed. Grupo Ed. SAU, Barcelona 2007, pp. 357 ss.

² HARRIS, R., *Imperium*, op. cit., p. 358.

³ VAN CAENEGEM, R. C., «*Pasado y futuro del derecho europeo. Dos milenios de unidad y diversidad*», Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003. P. 13 y ss.

unos mismos libros de texto y una misma lengua latina, en la mayoría de las universidades occidentales y europeas con profesores y estudiantes de todos los países⁴.

Aunque los autores del Renacimiento e incluso los de la Ilustración, pensaban que la caída del Imperio Romano acaeció de una manera violenta, en donde las sucesivas oleadas bárbaras destruyeron la civilización antigua y las instituciones romanas con una visión catastrofista, mantenida entre otros por Pérez Pujol y Cárdenas; según señala Font Rius⁵, en realidad las llamadas invasiones de los bárbaros no fueron otra cosa que desplazamientos de pueblos enteros entre los años 378 y 493, que a la postre alteraron la vida del Imperio en todas sus manifestaciones, cambiando la faz del mundo y marcando el tránsito de la Edad Antigua a la Edad moderna⁶.

Desde este punto de vista, el pueblo romano occidental del continente europeo, desatendido y desprotegido, —y que no profesaba ninguna simpatía a los bizantinos—, se agrupa entorno a sus obispos, convertidos ahora en protectores de la cultura romana, recuperando su antigua voluntad de servicio y destinando a ello su estructura organizativa, riquezas y prestigio, según Cannata⁷.

A partir de aquí, y ya al final del siglo VI, el papa Gregorio I (590-604) fija los fundamentos de la unidad religiosa de Occidente poniendo la prioridad sobre la Iglesia de Roma y sentando las bases de lo que a partir del siglo IX se denominó el *Sacro Imperio Romano Germánico*.

Por otra parte, el avance del Islam entre los siglos VII y IX, que va a apoderarse de parte del Mediterráneo, Siria, Palestina, Egipto, Norte de África, Hispania, penetrando en las Galias hasta ser contenidos por el *mayor domus regiae* Carlos Martel en Poitiers (732), es lo que lleva a decir a Koschaker⁸ que en realidad, «no fueron los germanos los que acabaron con el Imperio Romano, sino el Islam».

Así pues, fue la Iglesia, el *Sacro Imperio Romano Germánico*, y el Derecho Romano (que es tanto como decir «un mismo Dios, un mismo papa, un mismo emperador y un mismo derecho»), es lo que a la postre vino a significar la cristalización de la idea del *Imperio Cristiano* en los distintos reinos de la naciente Europa, que tuvo su momento fundacional en la coronación de Carlomagno, el día de navidad del año 800, lo cual se puede considerar la primera

⁴ ROBLES VELASCO, LM., *Breves apuntes sobre los fundamentos del Derecho Europeo y el Derecho Romano*, *Quaestio Iuris*, vol. 10, n.º 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 291–316 DOI: 10.12957/rqi.2017.25807

⁵ FONT RIUS, *Historia del Derecho Español*, Barcelona 1969, p. 84 ss.

⁶ PANERO GUTIÉRREZ, R., y otros, «El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI», Cáp. 2.º «El Derecho Romano y su recepción en Europa», *op. cit.*, pp. 122 ss.

⁷ CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica Europea*, *op. cit.*, p. 106.

⁸ KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, (trad. Santa Cruz Teijero) Madrid, 1955, pp. 37-39.

manifestación de una cierta unicidad política, lo que hoy llamaríamos Europa, como apuntaba Koschaker⁹. Precisamente es Koschaker¹⁰, como es sabido el que en la mayoría de sus trabajos coloca al *Derecho romano como eje unificador europeo*¹¹.

Es cierto, que no se puede entender la *Europa de la Edad Media* y de la Edad Moderna sin referirnos a dos sistemas jurídicos supranacionales como eran el Derecho de la Iglesia (*Ius Cannonici*) y el Derecho Romano (*Ius Commune*) el que se explicaba en las Universidades, como Derecho común escrito. Paradójicamente, esto hizo que durante siglos fuese impensable que cada país tuviera su propio Derecho estrictamente nacional. Y esto se puede constatar mostrando algunas paradojas del carácter transnacional del Derecho de la vieja Europa.

Llegaba a esta conclusión, ya que a decir de Koschaker, esta superioridad científica y cultural que representa el Derecho Romano se pone particularmente de manifiesto en la recepción del sistema romanístico en culturas y sistemas tan distintos del europeo –incluso allende los mares como el japonés¹²–. Según sus propias palabras, Koschaker¹³ decía que «... Cuando Japón se europeíza a pesar de mantener relaciones culturales muy intensas con EEUU, no recibe el Derecho Anglo-americano, sino el Code Civil Français y [sobre todo] los proyectos de Código Civil Alemán...». Recepcionando una misma raíz romanista que, desde el siglo XI debido a la difusión del derecho romano justinianeo con el redescubrimiento del *Corpus Iuris civilis*, –a lo que podríamos añadir su recepción en la América latina, e incluso en países exóticos como Japón...

Veamos un caso de recepción y adaptación curioso: «el caso de Japón».

⁹ Añade Koschaker, que el cenit en la evolución de Europa lo alcanza el siglo XIX al incorporarse los países balcánicos a la cultura europea, y penetrar éste profundamente en Rusia, y que por otra parte, a través del Imperio colonial hispano, portugués, holandés y francés, lo fue a su vez en otras tierras. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, op. cit., pp. 21 y ss.

¹⁰ KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, op. cit., pp. 478: «Hay un derecho natural relativo y europeo que se obtiene no por la vía especulativa, sino por vía de la razón con un estricto rigor histórico, mediante el parangón y comparación de los sistemas de Derecho Privado que más han contribuido a la construcción jurídica de Europa y del mundo, y en cuya cúspide figura el Derecho Romano, como elemento unificador de estos sistemas. Un derecho que condensa las experiencias jurídicas de los pueblos que con su cultura han cooperado a la formación de Europa... Aun hoy, existen medios de convertir el Derecho Romano en el cumplimiento de su función histórica, que es la de actuar como intermediario de los grandes sistemas europeos de Derecho Privado extendidos por todo el orbe».

¹¹ LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo: El Derecho Romano*, Zaragoza, 1993, p. 39 y 40.

¹² Interesante el artículo de HAYASHI, Tomoyoshi, *El Derecho Romano y el Código Civil en el Japón Moderno: sistemática, propiedad y copropiedad*, *Revista Chilena de Derecho* 2009, 36, pp. 9-21.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014521002>, ISSN 0716-0747.

¹³ KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, op. cit., pp. 22 y ss.

Curiosamente el Derecho Romano tuvo una gran influencia en Japón, donde en el siglo XIX se formó una comisión para el estudio del Derecho civil de los distintos reinos europeos, de cara a extraer importantes datos para proceder a su codificación civil, de cara a la modernización y armonización con el mundo occidental. Dicha comisión fue enviada a distintos países europeos entre ellos en España y Alemania. Esta Comisión toma contacto con García Goyena en 1851, donde por aquel entonces se estaba elaborando el anteproyecto de código civil –antecedentes del código civil español de 1889– y posteriormente, ya en la Alemania de Bismarck con el código prusiano de 1870, precedente del BGB de 1900, que fue traducido al japonés con una gran celeridad. Tanta, que entró en vigor antes que el propio código alemán. Con ello, Japón introdujo un sistema jurídico occidentalizado a fines del siglo XIX, cuando el Derecho civil y el Derecho procesal civil ya se habían separado y su codificación se había completado en las potencias europeas más importantes. Esta particularidad temporal dio su carácter peculiar a los estudios de Derecho romano en Japón.

Sobre la recepción del Derecho romano en Japón como parte de la modernización de la Era Meiji¹⁴. Vid. Interesante el artículo de Tomoyoshi Hayashi¹⁵, «*El Derecho Romano y el Código Civil en el Japón moderno: sistemática, propiedad y copropiedad*», *Revista Chilena de Derecho*, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 36, núm. 1, 2009, pp. 9-20.

El sistema jurídico occidental penetró en Japón a partir de la toma en contacto con sus códigos, previa elaboración de unas comisiones de expertos, académicos y profesionales jurídicos, jueces y profesores encargados de la interpretación de dichos códigos.

Es verdad que no fue un *Usus Modernus Pandectarum* que permitiera a los romanistas influir directamente en la interpretación y creación del Derecho

¹⁴ Sobre la recepción del Derecho romano en Japón como parte de la modernización de la Era Meiji. Vid. Interesante el artículo de HAYASHI, Tomoyoshi, El Derecho Romano y el Código Civil en el Japón Moderno: Sistemática, Propiedad y Copropiedad, *Revista Chilena de Derecho* 2009, 36, pp. 10 ss: «Cuando las clases de Derecho occidental comenzaron en 1874 en Tokio Kaisei-Gakko (que es la precursora de la Universidad de Tokio), la asignatura Derecho romano se enseñaba ya por un profesor inglés, William E. Grigsby. Desde entonces, el Derecho romano ha sido enseñado continuamente a nivel universitario en Japón y puede observarse una importante cantidad de investigación al respecto. Ha sido tratada como una materia separada y distinta del Derecho civil moderno, pero el diálogo entre ambas materias ha continuado hasta el hoy». Disponible ss., en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014521002>, ISSN 0716-0747.

¹⁵ HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón moderno», *Revista Chilena de Derecho*, op. cit. pp. 9 y ss.

positivo, sino como un fundamento histórico al modo como subyace en los sistemas jurídicos europeos¹⁶.

Lo curioso es que la asignatura de Derecho romano se enseñaba en Japón (Universidad de Tokio), por un profesor inglés, William E. Grigsby, según Tomoyoshi Hayashi (que recoge en este punto la opinión de Yata¹⁷). Al principio mediante una traducción al inglés de las *Institutiones* de Justiniano, con la división del Derecho en personas, cosas y acciones, que previamente como sabemos fue establecido por Gayo en sus *Institutas*.

Como es bien conocido, un estudioso francés, Gustave Emile Boissonade de Fontarabie, preparó un borrador de Código Civil que consistía en cinco partes profundamente influido por el Código Civil francés, que, a su vez, tomó la sistemática de las *Institutiones*. Lo que pasó sencillamente es tal cosa nunca prosperó.

La guerra franco prusiana de 1870 acabó con ello. La victoria de la Alemania de Bismarck impuso el código prusiano de 1870, precedente del BGB de 1900, que fue traducido al japonés con una gran celeridad¹⁸. Tanta, que entró en vigor antes que el propio código alemán¹⁹.

Algunos ejemplos, como es el caso al definir el derecho de propiedad, que es una de las más fundamentales reglas del derecho civil japonés lo hace en el Art. 206: «*El dueño tiene el derecho de usar, gozar y disponer de sus cosas dentro de los límites de la Ley y los reglamentos*». Esta noción de *usar, gozar y disponer* es, atribuida al Derecho romano, especialmente por el gran romanista japonés del siglo xx, Harada, hizo notar en 1937 que la máxima legal «*Dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*» (El dominio es el derecho para usar y disponer de una cosa, hasta donde el Derecho lo permita), solo faltaba la mención *usque caelum, usque inferos* para ajustarse a la versión romanística. Cosa que se encuentra en el ar-

¹⁶ HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón moderno», *Revista Chilena de Derecho*, *op. cit.* p. 10.

¹⁷ «Desde entonces, el Derecho romano ha sido enseñado continuamente a nivel universitario en Japón y puede observarse una importante cantidad de investigación al respecto. Ha sido tratada como una materia separada y distinta del Derecho civil moderno, pero el diálogo entre ambas materias ha continuado hasta el hoy». HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón», *op. cit.* p. 10, nota 2. YATA (1934) p. 88.

¹⁸ En todo caso, luego de su publicación en 1890, su borrador estuvo envuelto en un serio conflicto académico y político conocido como «*Hohien-Ronsoh*» y se frustraron sus resultados. De ahí en adelante fue conocido como el *Kyuh Minpoh* (El Viejo Código Civil). HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón...» *Op. cit.* p. 11.

¹⁹ De hecho, Después del conflicto, tres académicos japoneses, Kenjiroh Ume, Yatsuka Hozumi y Masaakira Tomii fueron comisionados para redactar el borrador del nuevo Código Civil, que entró en vigencia en 1898. HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón...» *Op. cit.* p. 11.

título 207 donde dispone: «*La propiedad de la tierra tiene efectos por sobre y debajo de la tierra, dentro de los límites legales y reglamentarios*»²⁰.

Lo que nos colocaría directamente en los fragmentos del D.43.18 «*De Superficiebus*», o en el fragmento del libro II de las *Institutiones de Gayo* 2.73... [*quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamuis ille suo nomine aedificaverit, iure naturalis nostrum fit, quia*]... donde consagra la máxima *superficies solo cedit*. [*Lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edifique por su cuenta se hace nuestro por derecho natural, porque la construcción cede al suelo*].

Pero vayamos a terreno más occidental.

Ya el profesor Murillo²¹ –entonces por el año 2000– se preguntaba ¿Qué aporta el derecho romano a la experiencia jurídica contemporánea? ¿Qué aporta al jurista actual? Esto es tanto como preguntarnos: ¿Dónde estamos? ¿Hacia dónde vamos?

El Tratado de Roma firmado el 25 de Marzo de 1957, configuraba una *Comunidad Económica Europea* con 6 estados fundacionales. Hoy son 27/28 (depende del *Brexit* y su negociación, aunque parece que hay una especie de garantía impuesta por la UE en el *Acuerdo de Retirada* firmado con Londres, donde se establece que el Reino Unido permanecerá dentro de la unión aduanera durante los casi dos años del periodo de transición, a partir del 29 de marzo *dies a quo*, desde el que comenzará a contar el plazo de desconexión), ... pero de lo que no cabe duda es que no hay ese fuste y empuje que en su día tenían personajes como Jean Monet, Robert Schumann, De Gásperi o Konrad Adenauer.

Por otro lado, el voto negativo a la Constitución Europea por Francia y Dinamarca (no sé si también Irlanda) ha ralentizado el avance hacia una Europa más próspera, moderna y competitiva con una notable ausencia de líderes que transmitan ilusión y con visión de futuro en la construcción europea²².

Se ha dicho²³ por A. Torrent, que esta nueva experiencia es comparable a lo que significó la codificación del Edicto pretorio y la Codificación Justiniana-

²⁰ Este artículo ha sido criticado ya desde 1924 en Japón por el profesor Yoshitaro Hirano, tomando como base la argumentación que en el XIX, Otto von Gierke hiciese al primer borrador del BGB, cuyo correspondiente es el artículo 207 del Código Civil Japonés. HAYASHI, Tomoyoshi «El Derecho romano y el Código Civil en el Japón, *op. cit.* p. 13.

²¹ MURILLO, *fundamentación romanística en la formación del jurista europeo. Estudios de Derecho Romano en memoria de B. Reimundo*, II Burgos 2000, p. 42.

²² CAPOGROSSI COLOGNESSI, *Riflessioni su i fondamenti del diritto europeo: una occasione da non spreccare*, IVRA 51 (2000 publ. 2003), pp. 1 y ss.

²³ TORRENT, A., *Fundamentos Derecho Europeo (Derecho Romano-Ciencia del Derecho)*, AF-DUCC, 11 2007, pp. 941-995.

nea²⁴. Es evidente, que nadie niega la honda raíz romanística de los grandes códigos europeos como producto de la *ratio scripta*²⁵. Un derecho elaborado por la construcción racional de lo mejor que pudo aportar la ciencia jurídica europea de los siglos XVIII y XIX. Aunque hay que reconocer que después de dos siglos de codificación la idea de códigos únicamente nacionales probablemente este agotada. La aspiración²⁶ es otra, la unificación de todas las materias jurídicas bajo el paraguas de la Unión Europea²⁷.

No sé si ese loable propósito se conseguirá algún día, porque la inmensidad de la tarea requerirá la coordinación con la Historia del Derecho, los tratados fundacionales de la Unión europea, la conexión con la diversidad de contextos históricos y de territorios, planteamientos y soluciones dictadas desde los juristas romanos a los juristas europeos actuales, no solo sería comparable a la labor de Savigny, sino a Triboniano, Teófilo o Doroteo y todos los compiladores justinianos juntos. Sería una labor inmensa.

De momento, la aspiración a un derecho común europeo²⁸ y en lo que nos toca, impartir una enseñanza del saber jurídico en la Europa comunitaria²⁹ es un trabajo titánico y a tenor de los resultados que podemos vislumbrar en nuestras aulas, sería comparable no solo a los trabajos de Hércules, sino como Sísifo los dioses nos envían el castigo de cada curso de remontar de nuevo la roca de impartir los fundamentos y nociones del Derecho Romano³⁰. Es afanarnos como si fuéramos inmortales cuando somos muy limitados y finitas nuestras fuerzas.

Torrent³¹, ya nos advertía que si bien la unificación jurídica europea era (y es posible que lo siga siendo) un objetivo deseable, la preparación que a día

²⁴ GALLO, F., *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo, Bachecca romanística (Rivista di diritto romano)*, p. 120 y ss.

²⁵ CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo. LABEO* 90 (1994), p. 193.

²⁶ Aspiración no solo del Tratado de Roma de 1957, del tratado de Maastricht de 1992, el de Ámsterdam de 1997 y los posteriores, sino que se ha buscado la homogeneización del Derecho de los Estados miembros y la búsqueda de unos principios comunes confirmados por diversas sentencias de los tribunales europeos sobre la base del Derecho romano y de la tradición romanística en lo que sería el cuarto reencuentro del derecho romano (después del realizado en el siglo XI con la *Pandectas* de Justiniano, el *mos gallicus* en el XVI, o la recepción de la *Pandectística* alemana de los siglos XVIII y XIX). Torrent, *Fundamentos Derecho Europeo...*, *Op. cit.* p. 950.

²⁷ TORRENT, *Fundamentos Derecho Europeo...*, *Op. cit.* p. 947.

²⁸ Mauro Cappelletti, dirige en Florencia el Instituto Universitario Europeo dependiente de la CE del cual se ha llegado a decir que es «la Universidad de Bolonia del siglo XX».

²⁹ Los romanistas buenos conocedores de los temas de unificación jurídica por el papel unificador del derecho romano en el mundo antiguo. Talamanca, *il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo Antico, Studi Impallomeni*, (Milano 1999), p. 405 y ss.

³⁰ CAPOGROSSI COLOGNESSI, *Il fundamenti storici di un diritto commune europeo. Index30* (2002), p. 163. Idem. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, F. Milano (coord.), *diritto romano e terzo milenio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*. Napoli 2004, p. 364 y ss.

³¹ TORRENT, *Fundamentos Derecho Europeo...*, *Op. cit.* p. 955.

de hoy se ofrece a los alumnos no se llega a alcanzar lo que pretende ser una sólida formación. No sé lo que opinaran otros colegas pero los recortes materiales y temporales no nos dejan vislumbrar un panorama muy halagüeño.

A favor de la unificación estaría la investigación de los principios básicos, las raíces comunes, los fundamentos sobre los que ha de construirse el nuevo derecho europeo. El último de los reencuentros con el derecho romano, es el introducido por los tratados fundacionales de la UE en su intento de buscar los fundamentos jurídicos comunes del derecho europeo³².

Si bien en materia económica, política, monetaria a pesar de las dificultades si se ha conseguido una cierta unificación y armonización, el sistema de directivas, reglamentos y las Normativas dirigidas a los países miembros aún mantienen sus carencias, estando los tiempo marcados por un cierto desánimo y escepticismo, sobre todo a partir del *Brexit*...

¿Qué inconvenientes hay?

Como advierte Cascione³³, los particularismos nacionales, la falta de preparación de los órganos políticos y administrativos que deben de aplicar las distintas normativas comunitarias y la resistencia a menudo incomprensibles de los tribunales de destino o de origen (caso Puigdemont), Francisco Andrés Santos añadía y ponía de relieve los inconvenientes de los problemas terminológicos, la dificultad de traducción de las normas comunitarias a cada uno de los idiomas de los países miembros, tal u como se puede apreciar en las sentencias de la Corte Europea de Justicia. Pero sobre todo el hecho que el Derecho Europeo es en gran parte producto de compromisos entre corrientes diversas, de estados diversos y de políticas diversas y a veces –o casi siempre– contrapuestas.

Lo ideal sería tener una misma cultura política y poder volver los ojos hacia soluciones jurisprudenciales al modo del prototipo de la jurisprudencia romana, cosa que habían hecho anteriormente juristas medievales y renacen-

³² El camino para llegar al *ius commune europaeum* está lleno de dificultades tanto históricas como las derivadas de los ordenamientos internos de cada Estado miembro de la UE. Obstáculos que ingenuamente se confiaron en solucionar satisfactoriamente pensando en superar mediante el recurso de acudir a las raíces comunes de los distintos ordenamientos nacionales con la pretendida idea de encontrar normas homogéneas tanto en derechos fundamentales, en la reglamentación de los mercados o en las relaciones contractuales y laborales, pero esto es una vía poco menos que imposible. Incluso en sectores marcadamente romanistas como en materia de familia (Pensemos en la regulación del matrimonio, filiación, adopción, tutela o en materia de sucesiones –esto último un poco más definido–). TORRENT, *Fundamentos Derecho Europeo...*, *Op. cit.* p. 957.

³³ CASCIONE, C., *Romanistica e método storico-giuridico*, *Index* 33 (2005), vid. TORRENT, *Fundamentos Derecho Europeo...*, *op. Cit.* p. 957.

tistas, como los más modernos y actuales³⁴. No se trata de volver a los planteamientos de Irnerio de Peroia y a la escuela de los Glosadores³⁵, si en cambio al nuevo espíritu de un *nuevo uso de las pandectas* como el que permitió la reunificación jurídica alemana.

No debemos de dejarnos llevar por esa impresión de desaliento aparente que hasta tiempos bien recientes parecía que se había asentado en la romanística española³⁶, donde tal vez ese aparente desaliento estaba motivado más por causas más complejas pero causas que son, al fin y al cabo, coyunturales y superables por diversos medios. Pero, las preguntas a las hemos de responder deberían de ser:

¿Cuál es el espíritu de nuestra época? ¿Cuál será el espíritu del siglo XXI?

Probablemente la única certeza es que dicho espíritu, que ya no es futuro, sino presente, va a ser con toda probabilidad distinto al de los dos siglos pasados, teniendo en cuenta la crisis y la globalización a la que asistimos en todas las manifestaciones del espíritu humano.

Por otra parte, cuando hablamos de los «*Fundamentos del Derecho Europeo*», tenemos que mentalizarnos y dejar de pensar que el Derecho Romano lejos de ser considerado un mero *derecho histórico*, es por el contrario algo aún vigente, en la Europa actual como lo reiteran las más recientes novedades como el *Código de obligaciones europeo* o en materia de Sucesiones.

Pero pongamos ejemplos. «El problema de la sociedad de un único socio».

En Derecho romano, sabido es que se admitía que las sociedades, no estaban ligadas a la *vida de los socios*, como otras sociedades *personalistas* o *familiares* romanas; la *societas* no se disolvía por la muerte de uno de los socios, y las *partes* eran transmisibles a los herederos del socio difunto. Esto permitía separar el patrimonio de la sociedad, del patrimonio de cada socio en particular. En cuanto a las ganancias deben repartirse por igual a cada *pars*. Estas *partes* son transmisibles entre vivos y *mortis causa*. Si por compra o por haber recaído sobre uno solo las partes de los demás, en tal caso se producirían

³⁴ La razón como decía Casavola, (Es tanto que el derecho romano no tenía nada que ver con fronteras de reinos y feudos, ni con jurisdiccionales territoriales poniendo por encima de todo la racionalidad universal. Y eso por encima de culturas y tradiciones locales. CASAVOLA *Diritto Romano e Diritto Europeo*, Labeo 90 (1994), p. 163 ss.

³⁵ Los glosadores y sobre todo los posglosadores o comentaristas fueron creando paulatinamente un Derecho romano común que junto con el Derecho canónico creado por los Canonistas construyó el Derecho Común de los pueblos europeos. La recepción del Derecho Romano común creado en las universidades, principalmente las italianas fue recibido en diferentes pueblos, primero como doctrina universitaria y luego como derecho supletorio aplicable en juicio. Vid. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, cap. IV: *Europa y la recepción del Derecho romano*, Madrid 2001, p. 108 y ss.

³⁶ BETANCOURT, F., «*Líneas de investigación romanística. Estado de la cuestión*», en *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Universidad de Jaén 1999.

una confluencia de identidad de la sociedad y la personalidad del único socio. Esto plantea *el problema de la sociedad de un único socio*.

Un texto de *Ulpiano, libro X, ad Edictum*. D.3,4,7,2.: «... Incluso si la corporación se redujo a uno, se admite como lo mejor que puede éste demandar y ser demandado, puesto que el derecho de todos habrá recaído en uno solo y subsistirá la denominación de asociación»³⁷.

En Derecho Comunitario, las Directivas de 13 y 14/Nov/1985 lo admitieron, al principio como una situación temporal, en tanto se producía la restauración de la pluralidad societaria, precisamente en base a los textos romanos, citando el precepto de Ulpiano antes visto. En derecho español, la *RGDRyN* 21/junio/1990 admitió como viable las sociedades de un solo socio siempre que se tratara de una *situación transitoria*, ya que el criterio anterior –antigua ley de SA y TS en 19/11/1955– no lo admitía por ser una situación dudosa que podía incurrir en supuestos de auto contratación. En la actualidad la Ley De Sociedades Anónimas de 23/3/1995, en el Art. 101 lo admite ya.

¿Hacia Dónde Vamos?

II. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

Brevemente voy a tratar³⁸ de una de las últimas novedades en materia de sucesiones en Europa: El *Certificado Sucesorio Europeo*.

La entrada en vigor del Reglamento de la Unión Europea (UE) núm. 1215/2012 –acogido por la Ley española de Jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio³⁹, en vigencia a partir del 17 de agosto de 2015– y la del Reglamento comunitario n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo

³⁷ En nuestro derecho, la *RGDRyN* 21/6/1990 admitió como viable las sociedades de un solo socio siempre que se tratara de una *situación transitoria*, ya que el criterio anterior –antigua ley de SA y TS en 19/11/1955– no lo admitía por ser una situación dudosa que podía incurrir en supuestos de auto contratación. En la actualidad, las Directivas Comunitarias de 13 y 14/11/1985 lo admitieron, al principio como una situación temporal, en tanto se producía la restauración de la pluralidad societaria, precisamente en base a los textos romanos, citando el precepto de Ulpiano antes visto. En la actualidad la Ley De Sociedades Anónimas de 23/3/1995, en el Art. 101 lo admite ya.

³⁸ ROBLES VELASCO, L. M., «Breves apuntes sobre los fundamentos del Derecho Europeo y el Derecho Romano. Brief notes on basic essentials of European law and Roman law. Publicada em *REVISTA QUAESTIO IURIS*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – VOL. 10, N°01 (2017), Brasil, pp. 291-316.

³⁹ Andrea BONOMI y Patrick WAUTELET, *El derecho europeo de sucesiones: comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012* (traducida y adaptada al derecho español por Santiago Álvarez González), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 781 pp. Vid. BONOMI, A.,– WAUTELET, P., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentarios al Reglamento (UE) n.º 650/2012 de 4 de julio de 2012*, (versión traducida y adaptada al derecho español por Santiago Álvarez González), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, 781 pp. Sobre el Certificado Sucesorio Europeo, vid. Art. 62 a 73, pp. 599-706.

de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, así como a la aceptación y la *ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa* y sobre todo la creación de un *certificado sucesorio europeo*⁴⁰. Es de advertir que este Reglamento se aplicaría a las sucesiones que versen sobre un conflicto sobre competencias internacionales⁴¹, aunque no a las sometidas exclusivamente al derecho interno de un país.

Este Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2012 no contempla a decir de Calvo Vidal⁴², una regulación sustantiva del Derecho de Sucesiones, sino que trata de posibilitar un régimen de cooperación entre estados miembros de la Unión Europea en materia sucesoria. Va más allá de resolver los conflictos de leyes entre naciones al salvar los obstáculos que plantean el reconocimiento de las resoluciones judiciales y la ejecución de documentos públicos.

En realidad, el certificado sucesorio europeo posibilita la acreditación de la condición de heredero, legatario, administrador o legitimado testamentario, siempre que el causante haya fallecido después del 17 de agosto de 2015 y siempre que se trate de sucesiones de ciudadanos miembros de Estados de la Unión Europea, –salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca–, ya que éstos Estados serán considerados para estos efectos como terceros países o no miembros de la Unión.

Ello nos aclara que solo se aplicará este Reglamento a las sucesiones que versen sobre un conflicto sobre competencias internacionales, pero no a las sometidas exclusivamente al derecho interno de un país.

Sería el caso, por ejemplo, de la sucesión de un ciudadano francés, con residencia habitual en España, que fallece dejando bienes de la herencia en España, Francia e Italia, en cuyo caso, el sometimiento de la sucesión a las normas del Reglamento no ofrece duda alguna, dado su carácter internacional o transfronterizo⁴³. Pero no lo sería si se tratara de la sucesión de un ciudadano miembro de un Estado de la Unión cuyo patrimonio estuviera radicado exclusivamente en su país. Y desde luego no, de un ciudadano no comunitario, aunque su última residencia fuere en país comunitario.

⁴⁰ Artículo 62. Creación de un certificado sucesorio europeo: «El presente Reglamento crea el certificado sucesorio europeo (en lo sucesivo denominado “certificado”) que se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro y que producirá los efectos enumerados en el artículo 69.

La utilización del certificado no será obligatoria...»

⁴¹ CALVO VIDAL, I. A., Sucesiones internacionales vs. Sucesiones nacionales, *Rev. El notario del siglo XXI (Col. Not. De Madrid)*, n.º 61, Mayo-Junio 2015, pp.16-18.

⁴² CALVO VIDAL, I. A., Sucesiones internacionales vs. Sucesiones nacionales,... *Op. cit.*, p. 18.

⁴³ CALVO VIDAL, I. A., Sucesiones internacionales vs. Sucesiones nacionales,... *Op. cit.*, p. 18.

El punto de conexión es el establecimiento de la *residencia habitual* para la determinación de la ley de la Sucesión.

Pongamos un supuesto. Un ciudadano francés con parte de su patrimonio en Francia, pero que al final de sus días hubiera fijado su residencia en territorio español foral, como por ejemplo, Navarra donde no rige el derecho civil común al menos de *prima facie*. Si en el momento de su fallecimiento hubiera obtenido la vecindad civil Navarra, se regiría por la legislación Foral Navarra según la cual habrá de disponer del destino de sus bienes.

Curiosamente no se podría aplicar la legislación civil común del Código Civil español, sino la legislación Navarra⁴⁴ donde precisamente en su Ley 1.^a declara *al Derecho Romano como derecho supletorio*, y como declara la Ley 6: «El Código Civil y las leyes generales de España serán derecho supletorio de esta compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1...». Con ello, se llegaría a la conclusión que tanto el Código Civil como las leyes generales españolas serían a su vez supletorios del Derecho Romano⁴⁵.

Las razones, aparte de sus antecedentes más o menos históricos⁴⁶, se pueden encontrar en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Dispone la Ley 1.^a Navarra que... «Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la compilación... y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente compilación hayan recibido del mismo».

Esta Ley 1.^a del «*Fuero Nuevo de Navarra*» procede de las leyes 1.^a y 7.^a de la Recopilación privada. Concretamente en la ley 7.^a al tratar del derecho supletorio se decía que: «El derecho Supletorio queda integrado por el orden siguiente: 1. La tradición jurídica Navarra contenida en las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación, la misma Novísima Recopilación, el

⁴⁴ Sobre este tema ya me ocupe anteriormente, y se puede consultar, ROBLES VELASCO, L. M., «*Vi-gencia del sistema sucesorio romano en las compilaciones forales*». Editorial: *Servicio de publicaciones*, Universidad de Vigo, ISBN/ISSN: 84-8158-125-9. Páginas (desde/hasta) 187-199.

⁴⁵ Conclusión ésta en la que coincido con autorizadas voces, como Salinas Quijada, o Nagore Yarnoz. NAGORE YARNOZ, «*Il vigore del Diritto romano in Navarra*», *Bol. inf. dell'Ist. giur. spagn. di Roma*, XI, 40-43 (1963), pp. 18-23.

⁴⁶ IRURITA KUSARRETA, *El Municipio de Pamplona en la Edad Media*, Pamplona 1959, p. 267, doc. 85 de Abril de 1355, el rey Carlos II declara que «...como quiere que por nuestro Consejo en el qual eran muchos sauios en drecho et foristas nos trouassemos que de drecho et de fuero...». Con lo cual la penetración del Derecho Romano tuvo en los romanistas del Consejo Real y de la *Cort maior* sus principales valedores. Como apunta Lacarra, «El Derecho romano no entra tanto por los códigos como por la jurisprudencia de los encargados de aplicarlo en la *Cort*, y por el uso que hacen de él los abogados y notarios, debido al agotamiento de la legislación indígena». LACARRA, «Sobre la recepción del Derecho Romano en Navarra», *AHDE* 11 (1934), pp. 457-467.

Amejoramiento del Fuero, el Fuero General y el Derecho Romano. 2. El Derecho Romano, para las instituciones o preceptos que la costumbre o la Recopilación hayan recibido del mismo...».

Y puesto que según declara la Ley 6: «El Código Civil y las leyes generales de España serán derecho supletorio de esta compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1...». Con ello, podríamos razonablemente llegar a la conclusión que tanto el Código Civil como las leyes generales españolas serían a su vez supletorios del Derecho Romano⁴⁷.

Por ello cuando todavía se escucha la cansina cuestión de *¿Para qué sirve el Derecho Romano?...* Simplemente se podría decir que entre otras cosas, para esto: *para aplicar y conocer el Derecho Europeo.*

⁴⁷ Conclusión ésta en la que coincido con autorizadas voces, como Salinas Quijada, o Nagore Yarnoz. NAGORE YARNOZ, «Il vigore del Diritto romano in Navarra», *Bol. inf. dell'Ist. giur. spagn. di Roma*, XI, 40-43 (1963), pp. 18-23.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: UMA COMPARAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

Disinheritance and indignity to succeed in Roman Law: a comparison with Brazilian Law

MARÍA VITAL DA ROCHA
Universidade FA7.da Fortaleza. Ceará. (Brasil)
ANA LUIZA FERREIRA GOMES SILVA
Universidade Federal do Ceará

Resumo: Neste artigo, analisa-se a indignidade e a deserdação, para, após, realizar comparação com as correspondentes noções no direito brasileiro. Faz-se, assim, uma comparação considerando, principalmente, os aspectos de taxatividade, capacidade para suceder, procedimento e possibilidade de reabilitação, apontando semelhanças e diferenças.

Palavras-chave: Indignidade, Deserdação, Direito Sucessório, Direito Romano.

Abstract: This essay analyses indignity and disinheritance, institutes of succession in Roman law in order to then compare them with the correspondent notions in Brazilian Law. Then a comparison is made, considering specially the aspects of the exhaustive nature of the cases, the capacity to succeed, the procedure and the possibility of rehabilitation, pointing out similarities and differences.

Keywords: Indignity, Disinheritance, Succession Law, Roman Law.

SUMARIO: Introdução. I.–A indignidade no direito romano. I.1 Os tipos de indignidade. I.1.1 As faltas contra a pessoa do falecido. I.1.2 As faltas contra a vontade do falecido. I.1.3 As faltas contra a lei. II.–O instituto da deserdação no Direito romano. III.–Direito brasileiro e os fatores de comparação. III.1 Quanto à taxatividade e as hipóteses de legitimidade. III.2 Quanto à capacidade para suceder. III.3 Quanto à atuação e ao procedimento. III.4 Quanto à possibilidade de reabilitação. IV.–Considerações finais.

INTRODUÇÃO¹

O que fazer com os bens de alguém após a morte? Esta não é uma pergunta simples em diversos contextos. Como observa Volterra (1986, 687), as coisas têm existência independente dos titulares de direito dos quais são objeto. Portanto, em todas as sociedades humanas juridicamente organizadas, se apresenta o problema da destinação. No caso dos romanos, o problema foi tratado de maneira autônoma e particular em comparação com povos da antiguidade, criando uma base de concepções jurídicas específicas e institutos típicos de sucessão.

Designar quem estaria apto a herdar e adquirir bens é uma questão complexa, mas o oposto também é verdadeiro. Institutos como a indignidade e a deserção, os quais denotam um *desmerecimento* do herdeiro ou legatário, trazem muito sobre os valores da época na qual estão inseridos e há bastante variação de tratamento nos diversos períodos do direito romano, como será demonstrado.

É notória a influência romana em muitos ordenamentos posteriores e, como denota Torrent (1987, p. 630), figuras de indignidade e deserção chegaram aos códigos modernos. Ressalta-se, porém, que o modo como se trata os institutos nos ordenamentos atuais difere das características romanas, considerando os contextos históricos e jurídicos nos quais as sociedades diversas se inserem.

Assim, levantam-se questionamentos acerca de em que medida esses institutos de nomes correspondentes diferiram nos ordenamentos.

Antônio dos Santos Justo (2016), por exemplo, realiza comparação das figuras de indignidade e deserção no direito romano, com as noções homônimas no ordenamento jurídico português, em artigo onde questiona as semelhanças e diferenças que haveria entre estes institutos no ordenamento romano e no direito brasileiro atual.

¹ Sobre esta matéria, consultar la siguiente bibliografía: BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Milão: Giuffrè, 1963. v. VI *Le successioni*; HIRONAKA, G. M. F. N.; PEREIRA, R. Da C., *Direito das Sucessões*. 2. ed. [s.l.] Del Rey, 2007; JUSTO, A. DOS, «A Indignidade Sucessória no Direito Romano. Reflexos no Direito Português», *Lusiada* 15, 2016, pp. 7-49; KASER, M., *Direito privado romano*, Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999; KRUEGER, P.; MOMMSEN, Th.; STUEMUND, G. (Comp.), *Collectio Librorum Iuris Antiustiniani*, Berlim, Apud Weidmannos, 1878; MAXIMILIANO, C., *Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1958. v. I; MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, 16. ed. [s.l.] Forense, 2014; NADER, P., *Curso de Direito Civil. Volume 6 – Direito das Sucessões*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016; PEREIRA, C. M. DA S., *Instituicoes de Direito Civil – Volume VI – Direito das Sucessões*, 24. ed., [s.l.] Forense, 2017; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, Zaragoza, 1987; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho romano privado*, Madrid: Civitas. 1986.

A pesquisa realizada para a elaboração deste texto é bibliográfica e, para tal, consultou-se as plataformas on-line «Web of Science», «Portal de Periódicos da Capes» e «Google Acadêmico» com palavras de busca em português e inglês referentes a «direito privado romano», «indignidade» e «deserdação». Ademais, foram consultados os acervos da Biblioteca da Universidade Federal do Ceará, da Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais e do Centro Universitário 7 de Setembro, nas obras relativas a direito privado e direito privado romano. Destas fontes, foram selecionadas as mais referenciadas mutuamente em textos sobre o assunto, as quais são contempladas nesta pesquisa. Ademais, nesta pesquisa, traz-se o foco para o texto justineu, utilizando-se, eventualmente, outras fontes romanas de épocas anteriores para auxiliar no esclarecimento do direito de Justiniano.

No artigo, trata-se, separadamente, dos institutos da indignidade e da deserdação no direito romano, em tópicos próprios, para, após, realizar a comparação com o direito brasileiro, apontando semelhanças e diferenças, em relação a critérios específicos, determinados com a sistematização dos dados levantados na pesquisa bibliográfica para a melhor exposição do resultado, que são: taxatividade, capacidade para suceder, procedimento e possibilidade de reabilitação.

I. A INDIGNIDADE NO DIREITO ROMANO

O instituto da indignidade está presente em diversos ordenamentos atuais e o brasileiro não é exceção. Entretanto, o estudo da indignidade no contexto romano muito difere da forma como é tratada atualmente. Conforme Justo (2016, p. 8), a figura da indignidade, apesar de consagrada nos direitos atuais, traz várias dificuldades para o estudioso do direito romano. Primeiro, há o fato de que é um instituto jurídico não unitário, cuja evolução foi marcada por serem acrescentadas novas causas ensejadoras ao longo da legislação imperial. Além disso, há outros sérios problemas, como a falta de definição do conceito, o uso de termos técnicos do período, as interpolações de textos e o fato de que nem todas as fontes foram inseridas sob a epígrafe de Justiniano no Digesto.

Referindo-se a essa multiplicidade de casos de indignidade nas fontes clássicas, Armando Torrent (1987, p. 630) chega a utilizar a expressão «cajón de sastre», indicando um conjunto de coisas diversas e desordenadas, na qual a legislação imperial ia situando casos variados sem nenhum desenvolvimento orgânico. Demonstra-se, assim, a dificuldade de enumeração dos casos e de uma formulação mais uniforme de um conceito.

Justo (2016, p. 8), porém, ressalta que essas dificuldades não devem abalar os romanistas e que as diferenças entre os períodos romanos são mitigadas, visto que as épocas anteriores ao período de Justiniano, na verdade, ajudariam a compreender o direito justinianeu.

De fato, sob a alcunha de indignidade estão condensadas várias situações concretas. Para Volterra (1986, p. 703), o nome indignidade agrupa os casos em que a norma jurídica concedia ao fisco o poder de reivindicar, *eripere* ou *aufferre*, os bens passados *mortis causa* para alguém que, por ter cometido algum ato repreensível, se tornava não merecedor ou indigno de preservar os bens adquiridos. Desse modo, o indigno não era privado da capacidade de herdar ou da capacidade de adquirir, também não tinha a disposição a seu favor tornada nula ou anulável, porém poderia ser privado dos bens, que eram adquiridos pelo fisco.

Em sentido similar, Bonfante (1963, p. 351) definiu a indignidade como um instituto por meio do qual a herança referida e eventualmente adquirida era subtraída por razões morais. Indica que a indignidade não suspendia a delação e, sequer, impedia a aquisição se o indigno não lucrava a herança deferida. A herança retirada do indigno era atribuída, de modo quase constante, às autoridades fiscais, enquanto, nas figuras mais antigas, era atribuída ao erário. O caráter do instituto é refletido na terminologia, que expressa um ato violento de *aufferre*, *eripere*.

Bonfante (1963, p. 351) explica que, como a indignidade não impedia o ato de aquisição por parte do indigno, todas as consequências da aquisição ocorreriam. Ou seja, a confusão das relações ativas e passivas, assim como a extinção das relações de servidão e crédito, passando finalmente para o indigno os elementos extrapatrimoniais da herança, como o sepulcro. Os indignos nunca deixavam de ser herdeiros. Tudo o que se adquiriu do patrimônio, porém, era retirado dos indignos e eles, na restituição dos frutos e dos interesses, eram equiparados a possuidores de má fé.

Conforme Justo (2016, 29-31), mesmo indigna a pessoa era chamada a recusar ou aceitar a herança, salvo se se tratar de herdeiro necessário. Tendo sido efetuada a aceitação, a condição de herdeiro se tornava consolidada e não se perdia jamais, apesar da indignidade. Na verdade, a indignidade pressupunha que o herdeiro, legatário ou fideicomissário tivesse capacidade. Tudo o que o indigno adquiria era atribuído ao fisco, em conjunto com as obrigações onerosas da herança (assim como legado ou fideicomisso), apesar de o fisco só responder na medida do ativo. Se não houvesse aceitação, não podia o fisco e nem as pessoas consideradas em lei herdarem, tendo em vista que a delação era feita ao indigno e não a estas. Desse modo, o direito do fisco ou das pessoas

designadas, surgia com a delação. Caso o indigno morresse antes da delação, não haveria direito para o fisco. Entretanto, caso o indigno morresse após a aceitação, o direito do fisco ou das pessoas referidas já estaria consolidado e não cessaria.

Justo (2016, 30-31) ressalta que o exercício do direito do fisco de se apoderar dos bens do indigno (*ereptio*) era de exercício facultativo, não automático e não tinha característica de pena. Sobre esta última questão, Justo (2016, p. 31) argumenta, indicando seguir o sentido de Enzo Nardi, que a indignidade não era cominada por norma penal e nem resultava de sentença desse tipo; buscava evitar uma vantagem patrimonial e não causar dano; era de cunho facultativo, podendo o indigno renunciar ao deixado e evitar a indignidade; não se extinguia com a morte (diferente do crime) e atingia apenas quem materialmente a provocou.

Para exercer a *ereptio*, conforme Justo (2016, 32-33), o fisco devia verificar a indignidade, para constatar se uma das causas da lei ocorreu, cabendo um procedimento judicial a ser promovido pelo *advocatus fisci*, representante e defensor legal do fisco, após denúncia, a qual podia ser feita pelo próprio indigno ou outra pessoa.

A indignidade deveria ser declarada em tribunal e havia a possibilidade de o demandado tentar provar a sua inocência, além de caber apelação para o Tribunal do Imperador. Antes da sentença final, não havia indignidade, de modo que o fisco só poderia se apoderar dos bens depois de dissipadas quaisquer dúvidas.

Armando Torrent (1987, p. 629-630) diz que a indignidade para suceder estava relacionada a uma série de causas de privação de aquisições a título gratuito que, apesar do aparente caráter desordenado das fontes, traz uma sistematização. Argumenta que, no tempo de Augusto, a capacidade para suceder era restrita assim como a capacidade para adquirir (*cabere*), como resultado da *lex demografica Iulia de maritandis ordinibus* e da *lex Papia Poppaea*, que limitavam a capacidade dos solteiros (*caelibes*) e dos casados sem filhos (*orbi*). Os *caelibes* ainda recebiam um prazo de cem dias para se casarem se não quisessem incorrer na privação legal estabelecida.

Outro pressuposto semelhante, conforme Torrent (1987, p. 630) foi estabelecido por Domiciano ao privar as mulheres de má reputação (*feminae probrosae*) dessa capacidade. Em todos esses casos, o que não podia ser adquirido por falta de capacidade era chamado de *caducum*, como se tivesse «caído de suas mãos», e era acrescido aos ascendentes ou descendentes até o terceiro grau, ou aos outros herdeiros que eram pais (com filhos). Não era que a *testamenti factio* passiva estivesse faltando nesses casos; havia delação, mas os

implicados não podiam adquirir, sendo a cota vaga a que tinham direito acrescida aos herdeiros legítimos e, na ausência destes, ao *aerarium*.

Armando Torrent (1987, p. 630) compreende a indignidade romana como uma sanção civil contra o herdeiro ou legatário que teve um comportamento desonroso com o testador, de várias formas, seja provocando-lhe a morte, promovendo controvérsia sobre seu status, não perseguindo seu assassino, dentre outras, como será demonstrado no tópico posterior. Torrent (1987, p. 630) aponta que, neste teor, com as correções devidas, considerando as mudanças no pensamento jurídico, a indignidade teria chegado aos códigos modernos.

Volterra (1986, p. 704), contudo, indica que o instituto romano que os modernos designam com o nome de «indignidade» não é o mesmo que o conceito homônimo no direito moderno. Afinal, nos códigos atuais, na indignidade haveria uma verdadeira incapacidade do herdeiro em relação a um determinado falecido. Esta incapacidade, quando declarada, rescindiria, com efeito *ex tunc*, tanto a delação quanto a eventual aquisição. Neste sentido seria o teor tanto do Código Civil italiano de 1865 em seu art. 725, quanto do Código de Napoleão no art. 727.

De modo diverso, como já mencionado, o direito romano diferencia a capacidade da indignidade, não sendo o indigno incapaz de herdar ou adquirir. Mas por que manter a capacidade de se herdar e adquirir se há indignidade? E por que há transferência para o fisco? Armando Torrent (1987, p. 631) discute essas questões afirmando que, se o indigno é privado da herança, a lógica seria de que não seria certo que os herdeiros de ordem ulterior se aproveitassem da culpa dos outros. Atribuir a herança privada dos indignos ao fisco, portanto, evitaria que se formasse uma espécie de recompensa para os outros herdeiros. Nesse sentido, insere-se a ideia de que o indigno podia adquirir, embora não pudesse manter, e, uma vez que essa aquisição fosse admitida, seria possível a sua atribuição para o fisco, assumindo uma configuração de confisco. Além disso, o sistema apresentava a vantagem de permitir que pudesse cair a *heredis institutio* sem que se influísse sobre outras disposições. Assim, o indigno era herdeiro segundo o *ius civile*.

No direito justineu, por sua vez, a indignidade é mencionada em vários pontos. São exemplos da utilização mais expressa do termo os títulos de D.34,9 e C.6,35 («De his quae ut indignis auferuntur» e «de his quibus ut indignis auferuntur»). Segundo Volterra (1986, p. 704), porém, as fontes clássicas não chegaram a utilizar o termo *indignitas* e esses trechos são provavelmente interpolados.

O que mais se encontra sobre o assunto em si, são as designações das causas, as quais serão tratadas no tópico a seguir.

I.1 Os tipos de indignidade

A indignidade sucessória, como explica Kaser (1999, p. 400-401), sofreu transformações e, no direito imperial, a partir do tratamento dado aos casos concretos, tornou-se, aos poucos, um instituto mais uniforme. Os casos geralmente tomavam uma forma parecida, na qual uma pessoa (geralmente um herdeiro) que adquiriu algo *mortis causa* era considerado indigno, conservando a situação de herdeiro e a capacidade, mas tendo o apurado confiscado pelo *ae-rarium* e, mais tarde, pelo *fiscus*.

Neste artigo, apresenta-se brevemente algumas dessas situações ensejadoras de indignidade para o fim posterior de comparação com o direito brasileiro. Para sistematizar os casos, utiliza-se a classificação de Bonfante (1963, p. 408), o qual divide as situações ensejadoras de indignidade em: a) faltas contra a pessoa do falecido (ataque à sua vida, sua dignidade ou honra), b) faltas contra a vontade do falecido e faltas contra a lei (comportamento ilegal).

I.1.1 AS FALTAS CONTRA A PESSOA DO FALECIDO

Desta categoria, a causa de mais destaque é a indignidade em decorrência de assassinato do hereditando pelo sucessível. Neste sentido, Paulo (D.48,20,7,4)² apresenta a determinação do Imperador Antonino Pio acerca de uma filha de família acusada de ter envenado aquele quem a fez herdeira.

A doutrina, porém, diverge se o assassinato precisava ser doloso, ou se a mera culpa em sentido estrito bastaria para ensejar a indignidade. Como indica Justo (2016, p.10), Marciano (D.34,9,3)³ descreve uma decisão na qual é considerado indigno quem causou a morte daquele que instituiu o herdeiro por *negligentiam et culpam suam*.

Conforme Bonfante (1963, p. 409-410), a opinião prevalecente seria de que o homicídio culposo resultava em indignidade, com base nessa interpretação de Marciano. Entretanto, ainda se gera dúvidas e haveria indícios, no

² Cf. D.48,20,7,4: «Libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur. Praeterea ex his, quae per flagitium damnatus adquisiit, portiones liberorum non augentur: veluti si cognatum suum interemi curaverit et eius hereditatem adiit vel bonorum possessionem accepit: nam ita divus Pius rescripsit. cui consequenter illud idem princeps constituit, cum filia familias veneno necasse convinceretur eum, a quo heres instituta erat: quamvis iussu patris, cuius in potestate erat, hereditatem eam adisset, tamen fisco eam vindicandam esse».

³ Cf. D.34,9,3: «*Marcianus libro quinto regularum*. Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moretetur».

caso, o estilo e o a articulação do raciocínio, de que o mencionado texto de Marciano (D.34,9,3) seria uma interpolação. Bonfante (1963, p. 409-410) não acredita que Justiniano, em sua modificação da lei clássica, tenha descido à culpa. Justo (2016, p. 10), por sua vez, afirma não encontrar motivos para discordar da posição dominante, tendo em vista que o texto não fala de *magna culpa* e, à luz do critério antiinterpolacionístico que adotou, compreende que manter uma constituição de Antonino Pio e, após, modificar o seu sentido seria uma desonestidade intelectual.

Quanto aos efeitos da indignade relativos a essa causa, tanto Justo (2016, p. 10) quanto Bonfante (1963, p. 409-410) comentam que não é necessária a condenação penal pra que ocorram.

Neste sentido, é o caso relatado por Modestino (D.49,14,9)⁴ no qual uma mãe, sentenciada por ter envenenado seu filho, apelou da decisão e faleceu antes do proferimento da sentença final. A acusação criminal foi extinta pela morte da acusada, porém se permitiu ao fisco a reclamação dos bens que se demonstrassem adquiridos por conta do crime.

Outra causa de indignidade contra a pessoa do falecido é o não cumprimento da obrigação de «vingança». Esta, porém, não é a vingança física e direta que pode parecer em um primeiro momento. Como explica Bonfante (1963, p. 410), a vingança que o herdeiro estava obrigado a buscar significava perseguir os assassinos pela via judicial, tendo em vista que o julgamento criminal era acusatório. Justo (2016, p. 11) ressalta que neste tipo de indignidade também incorreria o patrono que não reivindicou a morte do liberto, como indica Marciano (D.29,5,15,2)⁵.

Além desta, há também a causa de indignidade decorrente da aceitação prematura da herança contra as previsões do *Silanianum*. Este, como demonstra Bonfante (1963, p. 411-412), foi um senatusconsulto o qual ordenava que, quando um cidadão fosse morto em sua própria casa, os seus escravos fossem torturados e punidos com a morte. A regra visava evitar que o herdeiro, por razões de interesse patrimonial, deixasse de punir escravos, além de ser uma

⁴ Cf. D.4914.9: «*Modestinus libro 17 responsorum*. Lucius Titius fecit heredes sororem suam ex dodrante, uxorem Maeviam et socerum ex reliquis portionibus: eius testamentum postumo nato ruptum est, qui postumus brevi et ipse decessit, atque ita omnis hereditas ad matrem postumi devoluta est. Soror testatoris Maeviam veneficii in Lucium Titium accusavit: cum non optinisset, provocavit: interea decessit rea: nihilo minus tamen apostoli redditi sunt. Quaero, an putes extincta rea cognitionem appellationis inducendam propter hereditatem quaesitam. Modestinus respondit morte reae crimine extincto persecutionem eorum, quae scelere adquisita probari possunt, fisco competere posse».

⁵ Cf. D.29,5,15,2: «*Heredibus autem, qui in ulciscenda morte defuncti cessaverant, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona: forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo iure admittantur.*»

medida para impedir que os escravos manumitidos no testamento escapassem à tortura, por terem se tornado livres.

Segundo Justo (2016, p. 15), o testamento do assassinado não podia ser aberto para que não se frustrasse o objetivo do *senatusconsulto Silanianum*, o qual seria descobrir o assassino. Assim, as eventuais manumissões contidas no testamento eram ignoradas até que o mesmo fosse aberto, mantendo os escravos o mesmo status, de modo a estarem sujeitos à tortura e aos suplícios necessários para a averiguação do culpado. Desse modo, os herdeiros que desrespeitassem essa regra, aceitando prematuramente a herança, tornavam-se indignos. Ainda, como indica Bonfante (1963, p. 411-412), haviam escusas se fosse caso de o herdeiro ser menor idade (ter menos de 25 anos), ou se ignorasse a morte violenta, o *senatusconsulto*, ou o edito que previa a sua execução.

Outra situação que poderia implicar em indignidade era a contestação do status do hereditando. Era a criação de uma controvérsia acerca do estado de liberdade ou de cidadania do testador, como indica Justo (2016, p. 14-15), levantada pelo suposto herdeiro. A hipótese é tratada expressamente por Ulpiano, em D.34,9,9,2⁶.

Além destas causas de indignidade, Justo (2016, p. 14-15) cita ainda a denúncia de comércio ilícito, prevista em Marciano (D.34,9,1)⁷ e o caso de doação de herança em vida do falecido da qual não tinha conhecimento, comentada também por Marciano (D.34,9,2,3)⁸.

I.1.2 AS FALTAS CONTRA A VONTADE DO FALECIDO

Esta é a indignidade decorrente do desrespeito à vontade do testador. Como indica Justo (2016, p. 16-17), Justiniano trouxe leis que compeliavam os herdeiros a obedecer às disposições justas dos testadores, exigindo um cumprimento estrito.⁹

⁶ Cf. D.34,9,9,2: «Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius quod testamento accepit persecutio: ex qua specie statim fisco deferetur».

⁷ Cf. D.34,9,1: «*Marcianus libro sexto institutionum* Divi Severus et Antoninus rescripserunt quasi indignum carere legato seu fideicommisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat, quamvis et praemium meruit».

⁸ Cf. D.34,9,2,3: «Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicuius cognati donaverit: nam quasi indigno aufertur.»

⁹ Cf. C.6,42,32,2: Cum autem is, qui quid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes oboedire

Justo (2016, p. 16-23) enumera algumas das causas de indignidade decorrentes da vontade do falecido. São estas: a acusação de falsidade de testamento ou de inoficiosidade por parte dos herdeiros legítimos; a injusta acusação de parto feita pelo substituto pupilar à mãe do herdeiro instituído; a supressão de testamento por quem sucede *ab intestatio*; a subtração das coisas da herança; a escusa da tutela; o não cumprimento de legados e fideicomissos; o dolo ou a violência para impedir que se faça testamento ou se altere o que já foi feito; e a declaração de paternidade falsa de pessoas instituída herdeira como filho.

Para os fins deste artigo, como se objetiva uma abordagem breve das causas apenas para o fim de comparação com o direito brasileiro, não se entra em detalhe acerca de todas as possibilidades listadas. Dá-se, porém, destaque para algumas características peculiares de algumas das causas de indignidade.

Acerca da indignidade pela acusação de falsidade de testamento, por exemplo, ressalta-se, como assevera Bonfante (1963, p. 414) que o motivo de indignidade não afetava só os acusadores, mas também as testemunhas que apoiaram a acusação e, no geral, aqueles que auxiliaram o acusador. Há, porém, escusas, como a idade e a necessidade oficial de se ter acusado, como seria o caso do guardião, do curador e do advogado do fisco, que, por estarem agindo no interesse da criança ou do fisco, não seriam indignos. Ademais, o recurso contra um testamento por defeito formal não configuraria indignidade. Paulo, em D.34,9,5, faz eferência s esta causa de indignidade¹⁰.

No caso da escusa de tutela, há outra situação peculiar. Como informa Justo (2016, p.21), o tutor perdia o que obteve no testamento, entretanto o legado ao qual fazia jus não era transferido ao fisco, mas, na verdade, era deixado ao filho cujos interesses foram abandonados, no sentido de D.34,9,5,2¹¹.

Sobre o caso de indignidade da pessoa que foi instituída herdeira como filha mas teve a paternidade declarada falsa, após a morte do testador, Justo (2016, 22-23) afirma que a situação estava prevista por Hermogeniano, em D.49,14,46¹² e foi reprimida pela Lex Cornelia testamentaria nummaria, tendo

compellunt et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerunt.

¹⁰ D.34,9,5: «*Paulus libro primo de iure fisci. pr. Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur [...].*»

¹¹ D.34,9,5,2: «*Amittere id quod testamento meruit et eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela: sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem. Diversum puto in eo, qui legatum tantum meruit et a matre pupilli tutor petitus excusare se maluit: hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt.*»

¹² D.49,14,46: «*Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum pr. Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.[...].*»

em vista que se buscava combater falsificações de alguém que se fingia filho para enganar o testador.

I.1.3 AS FALTAS CONTRA A LEI

Estas causas de indignidades, como a classificação já indica, são decorrentes da desobediência de preceitos legais. Nesta categoria, como demonstra Justo (2016, p. 23-24) há o caso de fideicomisso tácito, no qual um herdeiro fiduciário aceita secretamente um fideicomisso para entregar-lo a um fideicomissário incapaz. É, assim, uma hipótese de fraude da lei e o herdeiro que praticou o delito era considerado indigno. Havia, porém, escusa se o fideicomisso tivesse sido confiado a um filho dependente da *potestas* do pai que fora instituído como herdeiro fiduciário.

Outra hipótese também demonstrada por Justo (2016, p. 23-24) é a de indignidade em decorrência de convivência ilegal. São exemplos deste tipo de indignidade os casos explanados por Marciano, em D.34,9,2,1¹³, nos quais alguém se casa contra os mandatos imperiais e no qual um tutor se casa com uma pupila, e no tratado por Papiniano, em D.34,9,13, referente a uma situação de adultério¹⁴.

II. O INSTITUTO DA DESERDAÇÃO NO DIREITO ROMANO

A deserdação, como indica o nome, implica na retirada de alguém já instituído, considerando a vontade do testador. A matéria, portanto, envolve a querela «sucessão contra testamento». Como indica Kaser (1999, p. 391), é a ideia antiga da sucessão familiar em contraponto à liberdade de testar. Nas providências mais antigas, ainda não se limitava os abusos da liberdade de testar, porém já se impunha limites formais. Por exemplo, havia a previsão

¹³ D.34,9,2,1: «Item si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquid gerit, quod ei ex testamento uxoris adquisitum est divi Severus et Antoninus rescripserunt retinere eum non posse, tamquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset. Utroque ergo casu etsi ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit: nam quasi indigno ei auferitur hereditas».

¹⁴ D.34,9,13: «*Papinianus libro 32 quaestionum*. Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Maevius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem: qui moriens heredem eam reliquit: quaero, an iustum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. Sed et si talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus».

formal de que, para se deserdar aqueles que se buscava excluir da sucessão, devia-se dispor expressamente, indicando que a deserdação tácita não seria suficiente e poria em risco o testamento.

Moreira Alves (2014, p. 755) trata da questão, explicando que, de fato, não havia uma liberdade absoluta para que o testador dispusesse de seus bens. Na verdade, considerando os efeitos do *ius civile* e do *ius honorarium*, ele sofria duas espécies de limitações: as limitações formais e as materiais. As primeiras, eram referentes à necessidade de o testador mencionar alguns herdeiros legítimos no testamento, seja para deserdá-los ou para incluí-los. As limitações materiais, por sua vez, consistiam na necessidade de serem instituídos como herdeiros testamentários, certos herdeiros legítimos, na medida de uma quota determinada. Desse modo, para efetuar a deserdação, ou até para instituir herdeiro, o testador estava sujeito a esses limites.

Foi a partir da ideia de que o testador deve, obrigatoriamente, instituir ou deserdar os *sui*, conforme explica Kaser (1999, p. 391), que adveio a expressão «direito hereditário forçoso formal», ligada ao direito das consequências da preterição e da deserdação.

Segundo Kaser (1999, p. 391), a finalidade da deserdação foi diversa em momentos diferentes do direito romano. Na época agrária, o instituto teria servido para tornar possível a formação de uma espécie de «herdeiro do prédio rústico», realizando sucessão única, de modo a excluir os outros *sui*, provendo-os de outra forma. Após, em um período em que se estabeleceu uma liberdade de testar mais difundida e praticada, a deserdação assumiu um caráter de pena a ser imposta a quem teve comportamento indigno com o testador ou faltou com deveres. Na República, porém, gerou-se problemas ao redor do instituto, havendo casos em que o testador abusou dessa liberdade de testar, deserdando, sem fundamento, os familiares mais próximos. Essa dificuldade, por sua vez, gerou um novo instrumento legal, a *querela inofficiosi testamenti*, a qual tornou possível a impugnação por «violação do dever» de testamento que não considerasse suficientemente os familiares mais próximos e a determinação da abertura de sucessão *ab intestatio*.

No *ius civile*, como explica Moreira Alves (2014, p. 756), a sucessão necessária formal, nome formulado pelos pandectistas alemães, decorria da regra trazida no *Vlpiani liber singularis regularum*, XXII, 14, que diz «os *sui heredes* devem ser instituídos ou deserdados»¹⁵. O testador era obrigado a

¹⁵ (*Vlpiani liber singularis regularum*, XXII, 14) «*Sui heredes instituendi sunt uel exheredandi[...]»*
In: KRUEGER, Paulus; MOMMSEN, Theodorus; STUEMUND, Guilelmus (Comp.). *Collectio Librorum Iuris Antioustiniani*. Berlim: Apud Weidmannos, 1878.

obedecer a formalidades e princípios como: que a deserdação estivesse no testamento, que fosse feita em termos sacramentais, que dissesse respeito a toda a herança, dentre outros.

Assim, no *ius civile*, como demonstra Kaser (1999, p. 392), o testador tinha de instituir ou deserdar seus *sui heredes*, não podendo preteri-los, *praeterire*.

Havia requisitos específicos para a deserdação, por exemplo, dos filhos que estavam sob o poder do testador ao tempo da feitura do testamento, que tinham de ser individual e nominalmente deserdados. Era importante que as formalidades fossem cuidadosamente cumpridas, afinal, caso um filho fosse preterido, todo o testamento era considerado nulo. É o que se dispõe em G.2,123 e 127.¹⁶

Os outros *sui*, porém, podiam ser deserdados sem indicação de nomes e em conjunto. Kaser (1999, p. 392) explica que o testamento não é considerado inválido pelo preterimento dessas pessoas, entretanto os considerados preteridos tinham parte da herança ao lado dos instituídos. Participavam do seguinte modo: em concorrência com os *sui* instituídos pela sua quota da sucessão *ab intestatio* e, por sua vez, em concorrência com os *extranei* pela metade da quota destes. É o se verifica em Gaio 2,124;128¹⁷.

Ademais, verifica-se que, na ocorrência de nascimento de filho após a feitura do testamento, a deserdação do mesmo deveria ser expressa. A ocorrência de preterimento do mesmo, se já concebido na época da morte do testador, faria com que todo o testamento fosse nulo, ainda que fosse uma filha ou um

¹⁶ G. 2, 123 e127; 123. «Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diuersae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. [...]; 127: «si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet; alioquin non prodest eum exheredari. nominatim autem exheredari uidetur, siue ita exheredetur: TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, siue ita: FILIVS MEVS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine».

¹⁷ G. 2, 124 e 128; 124. «Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus. [...]; 128. «Ceterae uero liberorum personae uel feminini sexus uel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his uerbis: CETERI OMNES EXHEREDES SVNTO, quae uerba statim post institutionem heredum adici solent. sed hoc ita est iure ciuili».

neto. O mesmo era verdadeiro se fosse alguém que se tornou filho por meio de um ato jurídico, como a adoção, como prescreve Gaio em 2,130 ss y 138-142.

Conforme Kaser (1999, p. 392-393), verifica-se que, com o *bonorum possessio contra tabulas*, o pretor demonstrava preferência ao parentesco consanguíneo em vez do agnático e ainda previa alguns casos em que era possível a deserdação sem indicação dos nomes (*inter ceteros*), como para as filhas mulheres. Acrescenta que, no direito pós-clássico, Constantino abandonou a forma verbal de testamento e tornou suficiente para deserdar quaisquer expressões de vontade, apesar de ainda manter o requisito de que os filhos devem ser expressamente nominados para tal. Justiniano, entretanto, buscou equiparar os sexos nesse quesito, exigindo também a indicação pelo nome para fins de deserdação, para todos os descendentes, homens ou mulheres. E extinguiu a deserdação *inter ceteros*; e, assim, a preterição de qualquer *suus*, vivo ou póstumo, masculino ou feminino, passou a ensejar nulidade do testamento.

Moreira Alves (2014, p. 760) também comenta as mudanças decorrentes no período justianeu. Além da abolição da distinção entre os sexos e da deserdação não nominal, cita ter sido admitida a validade da uma fórmula de deserdação na qual o testador não empregasse a palavra *exheres*, ou seja, deserdado.

Conforme Justo (2016, p. 48-49) o direito justianeu passou a enumerar as razões autorizadas de deserdação, limitando ainda mais a liberdade de testar. São estas referentes a N. 115, 3, 1-13¹⁸, as quais traduz, resumindo:

«Ordenamos que de modo nenhum seja lícito ao pai, à mãe, ao avô, à avó, ao bisavô ou à bisavó, preterir ou deserdar, no seu testamento, o seu filho, filha ou demais descendentes [...] a não ser que se prove que são ingratos e que os pais tenham inserido no seu testamento as mesmas causas de ingratidão. Mas achamos dispersas em diversas leis e não claramente expressas as causas pelas quais devem ser julgados ingratos os filhos, algumas das quais nos pareceram dignas para a ingratidão e outras, sendo dignas, têm sido esquecidas, consideramos necessário compreendê-las na presente lei, para que delas a ninguém seja lícito opor, por virtude de outra lei, causas de ingratidão, senão as que se contêm nesta constituição. Imediatamente a seguir, são referidas as seguintes causas de ingratidão consideradas justas e com fundamento nas quais o testador pode deserdar um herdeiro: 1) a agressão ao ascendente; 2) a injúria grave e desonrosa; 3) a acusação feita ao ascendente em causa criminal; 4) a vida como malfeitor junto de malfeitores, 5) o atentado contra a vida dos ascendentes com veneno ou de outro modo; 6) o comércio ilícito com a madrasta ou concubina do seu pai; 7) a delação contra os ascendentes que lhes causou graves danos; 8) a não proteção do ascendente pelo sucessor ab intestato; 9) o impedimento de fazer testamento; 10) se, contra a vontade dos ascendentes, se associou a atletas ou comediantes; 11) se

¹⁸ Grifo nosso.

recusar o marido e preferir uma vida luxuriosa; 12) se algum dos ascendentes ou descendentes for demente e, sendo chamado ab intestato à herança, não lhe prestou auxílio e cuidado; 13) se o ascendente está retido no cativo e não procurou resgatá-lo». (JUSTO, 2016, p. 48-49).

Desse modo, como assevera Justo (2016, p. 49), com essas causas listadas, a deserdação se aproxima da indignidade, ainda que mantenha a diferença pelo fato de que, na deserdação, o herdeiro é excluído pela vontade do pai, enquanto a indignidade seria por vontade da lei. O direito de Justiniano, portanto, é marcado por uma maior limitação do testador do que em períodos anteriores do direito romano.

III. DIREITO BRASILEIRO E OS FATORES DE COMPARAÇÃO

Neste tópico apresenta-se noções gerais do direito brasileiro acerca da indignidade e da deserdação, para que se possa entrar em detalhes quanto a assuntos específicos nos tópicos seguintes, já à guisa de comparação. Trata-se, portanto, do Código Civil Brasileiro de 2002, assim como as concepções da doutrina brasileira sobre o assunto.

O instituto da indignidade é previsto nos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil de 2002, no Capítulo V, «Dos Excluídos da Sucessão», do Título I, «Da Sucessão em Geral». A deserdação, por sua vez está prevista nos artigos 1.961 a 1.965, no capítulo X, «Da deserdação», do Título III, «Da Sucessão Testamentária».

Tratando do direito brasileiro, Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 335) indica que tanto a indignidade quanto a deserdação se fundam em causas comuns e, de um ponto de vista ético, teriam como finalidade punir, por meio da privação de herança, o sucessor que comete falta grave contra o falecido. Os dois institutos, porém, não se confundem, tendo em vista que a deserdação é própria da sucessão testamentária, devendo estar expressa e justificada no testamento, sendo de iniciativa do falecido. A indignidade, por sua vez, pode alcançar tanto a sucessão legítima, quanto a testamentária, sendo de iniciativa do interessado. Ademais, uma e outra requerem prova cumprida do fato causador e sentença judicial para ter efeitos, como será melhor explorado no tópico relativo ao processo.

Neste mesmo sentido, Paulo Nader (2016, p. 130) afirma que ambas as figuras possuem denominadores comuns e importantes pontos de distinção. Tanto a indignidade quanto a deserdação induzem à perda do direito de herdar, decorrem de «ingratidão».

Nader argumenta que a expressão não seria adequada, afinal ingrato seria quem, em ato consciente, prejudica seu benfeitor de modo proposital. Entretanto, na sucessão testamentária, por exemplo, o beneficiado pode até não estar ciente de sua nomeação ao praticar danos ensejadores da indignidade.

Segundo Nader (2016, p. 30) há causas de indignidade anteriores ou posteriores a morte do sucedido, enquanto as causas de deserção estariam limitadas a antes do óbito, considerando que depende da vontade do testador.

Para Giselda Hironaka e Rodrigo Pereira (2007, p. 367-369), podem ser excluídos por indignidade do quinhão hereditário ou dos bens a que façam jus, tanto os herdeiros quanto os legatários, desde que enquadrados nas hipóteses do Código de 2002. As hipóteses estritas de indignidade especificadas no art. 1.814, ainda servem como ensejadoras de deserção. Entretanto, os autores citados ressaltam que, apesar da estreita ligação entre deserção e indignidade, deve-se estar ciente de suas diferenças.

Mas como se define especificamente a indignidade na doutrina brasileira? O código não especifica o conceito, enumerando as causas e requisitos, mas não indicando definição. Carlos Maximiliano (1958, p. 59) define indignidade como «uma pecha e consequente pena civil» a qual atrai para si o herdeiro ou legatário que realizar atentado doloso contra a vida, a honra ou o direito hereditário ativo do falecido.

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53) faz um breve histórico do instituto dentro do direito brasileiro e afirma que, no início, a indignidade foi adotada com as mesmas características e finalidades do direito romano, admitindo que a herança fosse retirada ao herdeiro que tivesse cometido falta grave contra o *de cuius*.

Segundo Nader (2016, p. 132), na época das Ordenações Filipinas, o quinhão do indigno era objeto de confisco do Estado (apesar de que o mesmo não ocorresse em caso de deserção). Para Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53), porém, a pena de confisco caiu em desuso e foi abolida mesmo no direito anterior.

Com o advento do Código de 1916, já foram delimitadas as causas de exclusão do herdeito, com rigor quanto aos requisitos. A indignidade, assim, operava como uma deserção tácita, a ser pronunciada pela Justiça, apenas para essas situações legais já previstas. Considerando um sentido geral, o Código Civil de 2002 manteve a disciplina anterior, com algumas modificações. Prosperam na atualidade raras e restritivas hipóteses de incidência de indignidade.

Carlos Maximiliano (1958, p. 59), mesmo ainda tratando do Código Civil brasileiro de 1916, já denota claras diferenças do direito romano, tratando o

confisco civil da herança e o que chamou de «morte civil do mau», como «duas clamorosas iniquidades incompatíveis com o espírito liberal e humano do Direito contemporâneo».

O princípio vigente no art. 1.814 do Código Civil de 2002, segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53), traz hipóteses de indignidade vinculadas a atentado contra a vida, contra honra do *de cuius*, assim como atentado contra a liberdade do mesmo de testar. Há, ainda, exclusão para certos casos em que o ato seja praticado contra cônjuge, companheiro ou parente em linha reta do *de cuius*. Os casos serão mais explorados especificamente no tópico a seguir acerca de taxatividade.

Outro aspecto importante a se ressaltar neste momento inicial sobre a indignidade no direito brasileiro são os efeitos gerados. Conforme Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 57) até o desfecho da ação de indignidade, com trânsito em julgado da sentença, o herdeiro estará com a posse dos bens da herança. Com a declaração, ocorre efeito retro-operante na sentença, até a data da morte. O indigno, então, é excluído e tido como se nunca tivesse sido herdeiro, devendo restituir frutos e rendimentos, tendo em vista ser equiparado a um possuidor de má fé. Ademais, são mantidas as alienações onerosas que o indigno tenha realizado com terceiros de boa-fé (ainda que os herdeiros possam acionar o indigno por esta perda).

Este é o sentido do art. 1.817 do Código Civil de 2002:

«São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos».

Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles. (Brasil, 2002)¹⁹.

Enfatiza Caio Maio da Silva Pereira (2017, p. 57) que o caráter da pena é personalíssimo, não afetando outros senão aquele que praticou o ato ensejador de indignidade – a lógica é não punir inocentes. Ademais, os bens que o indigno deixou de herdar, chamados bens ereptícios, são devolvidos, ficando com as pessoas que os herdariam se ele nunca tivesse sido herdeiro. O indigno, assim, é tal qual um pré-morto na abertura da sucessão. Também não terá direito a usufruto ou administração de bens que sejam designados a filhos menores, mesmo que sob o poder familiar.

¹⁹ Grifo nosso.

Essa é a disposição do art. 1.816 do Código Civil:

«São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão».

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Esse, portanto, é o teor geral da indignidade do direito brasileiro. Mas e a deserdação, como é definida especificamente?

Segundo Carlos Maximiliano (1958, p. 1.289), pela a tradição legal, deserdação é o ato segundo o qual alguém exclui dos seus sucessores um herdeiro necessário. Partindo de um rigor etimológico, deserdar seria «privar da herança».

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 330-331) afirma que a deserdação, decorre da manifestação da vontade testamentária, sendo o ato pelo qual se priva um herdeiro necessário de sua legítima. Afinal, no direito brasileiro, o herdeiro necessário possui o direito a uma parte dos bens deixados pelo *de cuius*, de modo que é vedada a liberalidade que exceda a parte disponível do patrimônio. Enquanto para os herdeiros que não pertençam à classe dos necessários basta apenas dispor sem contemplá-los para excluí-los, com os herdeiros necessários é preciso realizar a deserdação, a qual deve atender a diversos requisitos.

É neste sentido o artigo 1.961 do Código Civil de 2002:

«Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão». (Brasil, 2002)

Além de precisar ser uma das hipóteses elencadas pelos artigos 1.814 e 1.962 para haver a deserdação (como será tratado no tópico posterior) o direito brasileiro exige que seja feita por meio de testamento, seja expressa e com especificação da causa, como requer o artigo 1.964²⁰. Como demonstra Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331), é necessário que seja válido o testamento, não produzindo efeito deserdatório o ineficaz por defeito intrínseco ou extrínseco.

Outra ponto interessante apresentado por Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331) é o questionamento: e se todos os herdeiros forem deserdados? Se todos foram corretamente deserdados, como numa situação em que se mostraram coautores do fato determinante (por exemplo, se fossem todos coautores em uma tentativa de assassinato) e o testador não distribuiu os bens de outro modo, o Estado será legitimado para a ação de deserdação e será desti-

²⁰ Art. 1.964. «Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento». (Brasil, 2002)

natário dos bens. O testador tem o poder, ainda, de cancelar a deserdação imposta se assim desejar, porém, como a é pena é trazida em testamento, a revogação também deverá ser por este meio.

Tendo sido explicadas noções gerais, passa-se a tópicos específicos relativos aos critérios de comparação.

III.1 Quanto à taxatividade e as hipóteses de legitimidade

No direito brasileiro, como explica Nader (2016, p. 131), a caracterização da indignidade depende de incidir em uma das hipóteses estipuladas na lei civil. Assim, a lista é *numerus clausus*, e, dada a natureza de punição do instituto, não é cabível interpretação extensiva ou aplicação analógica.

As hipóteses de deserdação são as estipuladas pelo artigo 1.814 do Código de 2002:

«São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I. que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- II. que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III. que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade».
(Brasil, 2002).

Verifica-se, de início, que as hipóteses são bem delimitadas e restritivas, o que já demonstra diferença do «cajón de sastre», para usar novamente a expressão de Armando Torrent (1987, p. 630), acerca das causas de indignidade romanas espalhadas ao longo da legislação Imperial. Observa-se ainda, lógica similar em algumas causas, mesmo que com notáveis diferenças, diante dos contextos e normatividades bastante distintos. O contexto histórico torna algumas causas obviamente obsoletas, como as relativas aos escravos e ao *senatus-consulto Silanianum*. Outras, porém, ainda seguem uma lógica parecida, mesmo trazendo diferenças fundamentais.

Por exemplo, nos dois direitos há a previsão da indignidade para o assassino do *de cujus*. Porém, há diferenças nas disposições e uma delas é que não se encontra a mesma discussão doutrinária quanto a possibilidade, ou não, de homicídio culposo ensejar a indignidade. Como já demonstrado, Bonfante (1963, p. 409-410) e Justo (2016, p. 10) observaram haver posições doutrinárias

rias distintas quanto a possibilidade de o homicídio culposo gerar indignidade e querela quanto à interpretação de um texto de Marciano (D. 34,9,3). No Direito brasileiro, não resta dúvida nesse sentido. O inciso I do artigo 1.814 aponta expressamente para o homicídio doloso.

Como explica Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 54) a indignidade não se estende ao delito na forma culposa, assim como não tem cabimento diante de *error in persona* e *aberratio ictus*. O dolo é compreendido como elementar na determinação do fato causal, de modo que deve haver *animus necandi* para se implicar em indignidade. É necessária, porém, prova do ocorrido, não apenas a mera suspeita.

Sobre as outras hipóteses, mencionou Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 55-56) que a denúncia caluniosa deve ser necessariamente em juízo (criminal – por queixa ou representação do Ministério Público). Sobre o inciso III, comentou que, neste caso de indignidade, enquadram-se uma grande variedade de comportamentos que prejudicam a vontade do testador: «atos, omissões, corrupção, alterações, falsificação, inutilização [...]» (Pereira, 2017, p. 56).

Demonstram-se, assim, notoriamente taxativas as hipóteses do direito brasileiro. Mas era o mesmo caso no direito romano? Conforme Justo (2016, p. 56), o imperador Justiano teria-se queixado da dispersão das leis imperiais, tendo ordenado que fossem recolhidas em uma só lei e proibindo novas situações de serem invocadas. Essa medida parece, assim, implicar uma enumeração taxativa. Contudo, Justo (2016, p. 56) questiona se essa teria sido mesmo a realidade no caso concreto, diante de, por exemplo, um comportamento diferente do previsto na norma, mas semelhante. Levanta a hipótese de que, nesse ambiente metodológico de pensar e realizar o direito, seria possível que, na falta da lei e diante de situações de grave ofensa à moral pública, o pretor paralisasse a pretensão de algum «indigno» de forma não prevista. A situação, assim, indica taxatividade, mas ainda restam dúvidas.

Já quanto deserdação, no direito brasileiro, verifica-se que há casos definidos nos artigos 1.962 e 1.963. Como afirma Nader (2016, p. 511), são, como os de indignidade, também *numerus clausus* e não admitem interpretação extensiva ou analogia. São as hipóteses:

– Art. 1.962. «Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

- I. ofensa física;
- II. injúria grave;
- III. relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- IV. desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade».

– Art. 1.963. «Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

- I. ofensa física;
- II. injúria grave;
- III. relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
- IV. desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade». (Brasil, 2002).

Observa-se, assim, estarem contempladas para deserdação todas as hipóteses de indignidade do art. 1.814, com o acréscimo das supracitadas.

Nesse teor, o direito brasileiro não se demonstra muito diferente do romano. Conforme Justo (2016, p. 47), os jurisconsultos romanos tinham uma tendência a interpretar restritivamente a deserdação, por serem, em geral, contrários a ela. Demonstra um texto de Paulo, ao qual se referiria que «as instituições do herdeiro devem ser interpretadas amplamente (enquanto as deserdações) devem sê-lo de modo restrito». É este, de fato, o teor de D.28,2,19²¹.

III.2 Quanto à capacidade para suceder

Como já demonstrado, no direito romano é feita expressa diferenciação entre capacidade e os institutos de indignidade e deserdação. Segundo Volterra (1986, p. 704), o instituto homônimo da indignidade, nos códigos modernos, teria mudado de forma, tornando-se uma verdadeira incapacidade do herdeiro em relação a um determinado falecido. Cita o exemplo do Código Civil italiano de 1865 em seu art. 725 e do Código de Napoleão no art. 727.

Mas é este o caso brasileiro? Representam a indignidade e a deserdação, verdadeiramente uma incapacidade do herdeiro?

Segundo Nader (2016, p. 132), com o fim do confisco, autores como Coelho da Rocha, Joaquim Ramalho e Teixeira de Freitas arguiram ter desaparecido a diferença entre incapacidade e indignidade. Mesmo antes do Código Civil de 2002, Carlos Maximiliano (1958, p. 60) se opôs veementemente a essa noção. Afirmou que o fim do confisco não equiparou a indignidade à incapacidade, na medida que a incapacidade é um fato, um obstáculo, enquanto

²¹ D.28, 2,19 (*Paulus libro primo ad Vitellium*): «Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit «et in cetera parte exheres mihi erit», et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandae».

a indignidade é uma pecha, uma pena. Ademais, a incapacidade é congênita e o incapaz nunca adquire a herança, já a indignidade pode ocorrer até mesmo depois de aberta a sucessão (como o caso do herdeiro que oculta um testamento). Carlos Maximiliano (1958, p. 60) defende que a diferença entre indignidade e deserdação seria menor do que a diferença entre indignidade e capacidade. Afinal, tanto a indignidade, quanto a deserdação visam punir civilmente o «mau e ingrato», decorrendo de conduta reprovável praticada pelo mesmo contra o *de cuius*.

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 46-47) manifesta-se sobre a questão. Inicialmente diferencia a capacidade sucessória («legitimação para suceder»), ou seja, a aptidão de a pessoa receber os bens deixados pelo *de cuius*, da capacidade civil («poder de ação no mundo jurídico»). Afinal, uma pessoa pode ser incapaz para atos na vida civil e, ainda assim, ser herdeira, e, do mesmo modo, o oposto.

A indignidade, para Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 46-47), não altera a capacidade sucessória e, muito menos, a civil. O herdeiro pode se abster de aceitar a herança, ou pode perder o seu direito por meio de indignidade ou deserdação, esteja ele na posse dos bens ou não. Entretanto, tudo isso é em face de a pessoa ter estado apta a herdar na ocasião da morte.

Os três institutos, no caso, a incapacidade, a indignidade e a deserdação, segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 54), têm efeitos similares, mas são estruturalmente diferentes.

Ademais, conforme argumenta Nader (2016, p. 132-133), na incapacidade não existe possibilidade de reabilitação, sendo esta irreversível. Alguém que tenha sido testemunha no ato de última vontade, nunca poderá ser colocado como beneficiário no mesmo testamento. Ainda, com o falecimento do titular do patrimônio, a herança não é transmitida inicialmente ao incapaz, como é ao indigno, por força da *saisine*, ainda que perca o seu direito posteriormente.

III.3 Quanto à atuação e ao procedimento

Como demonstra Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 56), tanto em situação de indignidade quanto de deserdação, é necessário o pronunciamento de sentença em ação ordinária determinando a exclusão do herdeiro.

Versa o artigo 1.815 do Código Civil de 2002:

«A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§ 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário». (Brasil, 2002).

Neste teor, como indica Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 56), os legitimados para ingressar com a ação serão aqueles com interesse na sucessão, ou seja, quem se beneficiaria com a declaração de indignidade. Porém, não é possível que credores daqueles que se beneficiariam ingressem com esse tipo de ação. A ação declaratória de indignidade só pode ser proposta após a abertura da sucessão. Em vida do titular do patrimônio, esta não tem lugar, visto que até então não existe sucessão. O próprio ofendido, portanto, está excluído de ingressar com a ação, podendo apenas deserdar quem lhe praticou um dos atos especificados.

Ainda segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 57), a ação deve seguir o prazo proposto no §1.º do artigo supracitado, sendo de até quatro anos após a abertura da sucessão. Deve, além disso, ser proposta enquanto o indigno é vivo. Tendo este falecido no curso da ação, ela poderá prosseguir contra seus herdeiros. A sentença final condenatória é fundamental para a exclusão do herdeiro ou legatário.

Conforme Nader (2016, p. 145) a avaliação da conduta do herdeiro não pode ser feita nos autos do inventário e deve seguir a ação própria de rito ordinário. Enquanto não declarado indigno, o herdeiro pode exercer regularmente os direitos inerentes a sua condição, como realizar cessão onerosa de seus direitos.

Para a deserdação também é necessária ação, não bastando a vontade do disponente. Conforme Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331-333) é no curso de ação própria e não no inventário, ou qualquer processo de jurisdição graciosa, que o herdeiro instituído deverá provar a causa de deserdação contra o deserddado. O prazo é decadencial de quatro anos para a ação de deserdação, ou para a ação de impugnação a ser proposta pelo deserddado. A contagem se inicia com a abertura do testamento. Sem que haja, porém, um momento de abertura de um testamento que não seja do tipo cerrado, conta-se a partir da decisão que ordenar o cumprimento do ato de última vontade. Deve-se provar o fato e, com a sentença, o herdeiro deserddado poderá ser privado de sua legítima.

O prazo e a determinação do ônus da prova da causa de deserdação são previstos no artigo 1.965 do Código Civil de 2002:

«Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador».

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento. (Brasil, 2002).

No direito romano também era necessária a intervenção judicial. Como afirma Justo (2016, p. 74), quanto à indignidade, o *aerarium* e o *fiscus* só podiam exercer o seu direito de *ereptio* depois de uma verificação se alguma das causas havia, de fato, ocorrido. O defensor legal do fisco ou erário deveria promover o adequado procedimento judicial para tal, após denúncia. O acusado podia contestar a indignidade e apelar de sentença desfavorável. Apenas depois de dissipadas as dúvidas é que se passavam os bens para o *aerarium* ou para o *fiscus*. Tratava-se de uma ação declarativa.

Ainda, conforme Justo (2016, p. 49), como na indignidade, o tribunal poderia ser chamado para apreciação no caso da deserdação. Era provável que a ação ocorresse no tribunal dos centúviro, como a de *querela inofficiosi testamenti*, tramitando no processo sacramental. Sendo uma herança menor e mais modesta, tramitaria no *agere per formulas*.

Como explica Nader (2016, p. 513), o herdeiro tido como *heredes sui* era coproprietário e a sua deserdação era tida quase como um ato de insanidade. Era passível de ser anulado. Cabia ao herdeiro injustamente prejudicado a *querela inofficiosa testamenti*. Seria deserdação injustificada o que fosse contra os deveres morais (*officium pietatis*). Se comprovada a irregularidade, ao herdeiro prejudicado era concedida pelo pretor a *bonorum possessio tabulas testamento*.

III.4 Quanto à possibilidade de reabilitação

No direito brasileiro, o perdão é possível nos casos de indignidade e deserdação. Como afirma Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 59) não haveria ninguém melhor do que o ofendido para avaliar o quanto a sua sensibilidade teria sido atingida. Assim, o direito de perdoar é algo formal e privativo, só competendo ao ofendido. O herdeiro não pode efetuar o perdão, porém, pode deixar de intentar ação contra o indigno, deixando-a prescrever, se quiser que este não sofra os efeitos da indignidade.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 60) o perdão pode ser expresso, manifestando o testador sua intenção de modo claro, porém pode ser tácito se, após ter sofrido a ofensa, o testador tenha contemplado o ofensor em testamento. Vindo em ato autêntico, só será válido o perdão expresso, o perdão tácito é válido somente por testamento. O indigno, assim, poderá suceder no limite da sucessão testamentária. É o teor do artigo 1.818, parágrafo único do Código Civil de 2002:

«Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico».

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária. (Brasil, 2002).

No caso da deserdação, Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 335) entende haver possibilidade de perdão, podendo este ser, analogamente à indignidade, expresso ou tácito se em testamento posterior, o qual revogue o anterior, seja omitida cláusula de deserdação.

Hironaka e Pereira (2007, p. 370) ressaltam que, quando o ato praticado pelo herdeiro for ensejador de indignidade e deserdação ao mesmo tempo, ainda que o falecido não tenha promovido a deserdação, essa situação não leva a uma hipótese de perdão, afinal os interessados ainda poderão ajuizar ação de exclusão de herdeiro, a não ser que exista um documento autêntico ou testamento com perdão tácito ou expresso.

A questão do perdão no direito romano não é pacífica entre os estudiosos e doutrinadores. Segundo Justo (2016, p. 75), há autores que acreditam existir a figura da reabilitação, apoiando-se num trecho de Marciano²², o qual não diretamente trata do assunto. Outros argumentam que o caráter público da censura dos comportamentos que ensejavam indignidade afastava a ideia de perdão. Entretanto, esse ponto de vista também não é sustentado pelas fontes e a ideia de *pietas*, que teve lugar no direito romano.

Desse modo, enquanto o direito brasileiro é mais expresso sobre essa questão, gera-se dúvidas no direito romano.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou neste artigo, indignidade e deserdação são temas complexos tanto no direito romano quanto no direito brasileiro. Hoje, no Brasil, esses institutos são mais consolidados, tendo passado por um longo proces-

²² O trecho mencionado é Marciano, o qual descreve uma decisão na qual é considerado indigno quem causou a morte daquele que instituiu o herdeiro por *negligentiam et culpam suam*. No original, D. 34, 9, 3: «*Marcianus libro quinto regularum*. Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.

so histórico e influências, e não são os mesmos dos homônimos romanos, ainda que compartilhem sentido lógico e finalidade.

No direito romano, encontramos causas de indignidade espalhadas ao longo da legislação imperial de forma deveras caótica e, mesmo com a reunião das hipóteses pelo direito justianeu, autores romanistas ainda levantam dúvidas de certos conteúdos. Por exemplo, como demonstrado, questionam se as hipóteses listadas de indignidade seriam de fato exclusivamente taxativas no caso concreto. Além disso, não resta clara interpretação de se a reabilitação de herdeiro indigno ou deserddado seria possível, mesmo no direito justianeu. No Brasil, as disposições são claras em permitir o perdão nas suas duas formas: tácita e expressa.

Outro paralelo interessante que se pôde traçar entre o direito romano e o brasileiro foi relativamente à questão da diferenciação de capacidade e indignidade/deserdação. O direito romano, como se tratou, separa os conceitos. O indigno não perdia a sua característica de herdeiro e nem a sua capacidade de adquirir, ainda que não pudesse manter o benefício adquirido com a herança, o qual era confiscado pelo erário, ou pelo fisco, dependendo do período.

No direito brasileiro, apesar de existirem posicionamentos doutrinários em sentido contrário, especialmente após o fim do confisco e o Código Civil de 1916, diversos autores modernos argumentam que os conceitos de capacidade, indignidade e deserdação permanecem distintos, ainda que possam ter se aproximado em códigos de outros países.

Além destas considerações, outro ponto comparativo de destaque foi quanto à parte processual. A forma como a indignidade e a deserdação eram apuradas nos dois ordenamentos eram diversas, sendo todo o arcabouço estrutural diferente. Mas denota-se similaridades. Tanto no direito romano, quanto no brasileiro, a indignidade e a deserdação não operam de forma automática, tendo de passar por procedimento na Justiça e obedecer a rígidos critérios. É certo que, ao longo do direito romano, esses critérios variaram, mas observa-se a sua presença tanto formal quanto material.

V

PROCESO

**LA INFLUENCIA DE LA *INQUISITIO* Y LA *ACCUSATIO* ROMANAS
EN LOS PROCESOS PENALES DE LOS ESTADOS
IBEROAMERICANOS: EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL**

The influence of the roman 'inquisitio' and 'accusatio' in the criminal proceedings of the ibero-american states: the exercise of the criminal action

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ
Universidad de Oviedo

Resumen: Se pretende poner de manifiesto cómo la atribución de la legitimación para el ejercicio de la acción penal es una vetusta discusión jurídica que estuvo ya presente en la antigua Roma y continúa en la actualidad. Si bien tanto en Europa como en Iberoamérica se ha llegado a la conclusión de que la mejor opción es establecer un sistema mixto, no existe consenso sobre si se debe conferir el monopolio de su ejercicio al Ministerio Público o si se debe permitir la acusación *quivis ex populo*.

Palabras clave: Acción penal; sistema mixto; Ministerio Público; acusación *quivis ex populo*; acción popular; Iberoamérica.

Abstract: This work aims to show that the attribution of the legitimation for the exercise of the criminal action is a old legal discussion that was already present in ancient Rome and continues today. Although both in Europe and Latin American it has been concluded that the best option is to establish a mixed system, there is no consensus on whether the monopoly of criminal action should be conferred on the Public Prosecutor's Office or if the popular accusation should be allowed.

Keys word: Criminal action; mixed system; Public Ministry; accusation *quivis ex populo*; popular action; Latin American.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—La «*accusatio*» y la «*inquisitio*» en el proceso penal romano. III.—El origen de los procesos penales de corte inquisitivo en Iberoamérica. IV.—La reforma procesal penal en Iberoamérica: paso al sistema acusatorio o adversarial. IV.1 El caso específico del ordenamiento jurídico chileno. V.—El ejercicio de la acción penal: vestigios de la acción popular en Iberoamérica. VI.—Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta poner de manifiesto la notable influencia de las instituciones procesales de la Antigua Roma en los estados de Iberoamérica, pues se considera que la adecuada comprensión de los diferentes sistemas procesales penales se enlaza directamente con el estudio de los sistemas políticos en los que éstos han surgido, de los momentos históricos específicos en que han sido desarrollados y de los factores o fuerzas sociales que han envuelto su generación.

Los sistemas procesales penales que rigieron en Roma estuvieron vigentes primero en Europa continental y, después, como resultado de la colonización en Iberoamérica. El debate sobre la conveniencia de instaurar un modelo de tipo inquisitivo o de tipo acusatorio también estuvo presente tanto en la doctrina europea como en la iberoamericana, tras un periodo de varios siglos en los que el sistema de corte inquisitorial presidió en ambos continentes, se llegó a la determinación de que el sistema mixto es el sistema procesal más acorde con un Estado de Derecho que garantice el respeto de los Derechos humanos. Aunque es importante destacar que en Europa se llegó a esta conclusión un siglo antes que en Iberoamérica.

No obstante, hay una cuestión procesal en la que todavía no se ha llegado a un consenso general, la misma se refiere al ejercicio de la acción penal, pues si bien casi todos los estados atribuyen esta función al Ministerio Público como órgano representante de los intereses generales, e incluso, en muchos de ellos se le confiere el monopolio exclusivo de esta función. También existen algunos estados que en ciertos delitos considerados de carácter supraindividual permiten una intervención *quavis ex populo* como en la República romana.

II. LA *ACCUSATIO* Y LA *INQUISITIO* EN EL PROCESO PENAL ROMANO

El Derecho romano nos muestra por su extensión en el tiempo y por los diferentes sistemas de organización política que se sucedieron, un ejemplo de

las transformaciones que experimenta el enjuiciamiento penal como consecuencia de la ideología política dominante. Los diversos regímenes políticos bajo los que vivió Roma (Monarquía, República e Imperio) se encuentran intrínsecamente vinculados con las instituciones del proceso penal que estuvieron vigentes¹. No obstante, los cambios que acontecieron en el proceso penal no fueron repentinos o revolucionarios, sino que fueron graduales, perpetrando siempre el antiguo sistema a las instituciones posteriores y siendo el nuevo sistema, en principio, excepcional frente al anterior, por tratarse de un mero mecanismo para subsanar las deficiencias de la antigua fórmula en la práctica o de un instrumento necesario para la nueva organización política, aunque finalmente terminaba por imponerse, para caracterizar toda una época de Roma².

Al igual que en el Derecho griego, en el Derecho romano se distinguió entre los *delicta publica* y los *delicta privata*, en función de si el hecho dañaba a la propia comunidad o lesionaba tan solo un interés particular. En el primer supuesto, la acción era ejercida por cualquier ciudadano o por un magistrado como representante del pueblo, y daba lugar al *iudicium publicum*³. En el segundo caso, el poder de obrar en justicia estaba atribuido exclusivamente al ofendido por el delito⁴, los delitos privados se castigaban con pena pecuniaria y solo podían ser perseguidos por el ofendido, sus representantes o sustitutos mediante el *iudicium privatum*, que únicamente podía tener por objeto el delito de injuria o las acciones por adulterio o *falsis* en los casos de suposición de parte⁵.

En cuanto al enjuiciamiento de los delitos públicos, de la primera época de la Monarquía no hay casi vestigios del procedimiento penal romano, sólo del final de esta época se instituye una suerte de delegación del poder real, antes ejercido directamente, por magistrados *duumviri*, provistos del *imperium* preciso para administrar justicia cuando el Rey no ejercía su poder directamente. El magistrado, o en su caso, el rey antes de adoptar su decisión, llevaba a cabo una especie de investigación sumaria denominada *cognitio*, concen-

¹ Monarquía (753-509 a. C.), República (509-27 a. C.), Principado o Alto Imperio (27 a. C.-284 d. C.) y Dominado o Bajo Imperio (284 d. C. a 476 d. C.)

² MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», obra cit., pp. 272 y ss, MARICONDE VÉLEZ, A., «*Estudios de Derecho...*», obra cit., pp. 21 y ss., LÓPEZ GOBERNADO, C. J., «Investigación criminal en el Antigua Roma», *Quadernos de Criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, N.º 12, 2011, p. 17.

³ El proceso penal público tenía dos formas: la *cognitio* en la que toda función procesal estaba encomendada a órganos del Estado (magistrados) y la *accusatio* en la que la parte del acusador en interés público era asumida por un ciudadano privado. MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951-1954, p. 5.

⁴ MARICONDE VÉLEZ, A., «*Estudios de Derecho...*», op. cit., p. 22 y ARANGIO RUÍZ, V., *Historia del Derecho Romano* (Traducción de la 2.º edición italiana), Editorial REUS, 1852, p. 208

⁵ MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», obra cit., p. 273.

do en su poder todas las funciones procesales, esto es, la imputación sin necesidad de una provocación extraña y la investigación que estaba marcada por su puro arbitrio. No obstante, frente a este procedimiento de corte claramente inquisitivo, se desarrolló la facultad de alzarse contra la decisión del Rey o los magistrados, conocida como *provocatio ad populum*, consistente en el derecho de todos los ciudadanos varones a provocar la reunión de la Asamblea popular con la finalidad de impedir los efectos negativos de la decisión del inquisidor público. Tal institución, fue el inicio de la instauración de la jurisdicción popular que más tarde se impondría y que limitó el poder penal del Rey⁶.

La instauración de la República determinó la implantación de otra organización judicial y de un procedimiento oral, público y contradictorio. Las Leyes *Valeriae* introdujeron las *centurias*, que eran Asambleas populares mixtas (de patricios y plebeyos) encargadas de juzgar, y suprimieron la administración de los cónsules. No obstante, la administración también fue ejercida en un principio, aunque de forma excepcional, por el Senado, quien en ocasiones delegaba sus funciones en los *questores o duumviri*, dicha delegación circunstancial y singular adquirió carácter permanente, dando lugar a las *quastiones perpetuae e accusatio*.

El procedimiento de las *quastiones perpetuae* se caracterizaba por ser la concreción de un *iudicium publicum*, es decir, la manifestación de la posibilidad de acceso *quavis ex populo*. Su base la constituía la persecución penal por una persona extraña al órgano de jurisdicción (*ne procedat iudex ex officio-nemo iudex sine actore*), restringiendo así, el poder del Tribunal popular que era un mero árbitro del proceso, también se distinguía por la instrucción de parte, etapa preparatoria del juicio que otorgaba al actor el *imperum* necesario para reunir las pruebas que fundarían su acción ante el Tribunal de sentencia. Y, por último, pero no menos importante, la *accusatio* se singularizaba por la celebración de un debate oral y público⁷.

⁶ La introducción de la *provocatio ad populum* en apelación terminó por reducir las funciones de los magistrados a la simplemente preparatoria del juicio popular, más propia del Ministerio Fiscal que, de los juzgadores, aunque sean de instrucción (ARANGIO RUÍZ, V, «Historia del...», *op. cit.*, p. 208).

La mayoría de los autores modernos consideran la *provocatio* como uno de los pilares esenciales de la época republicana. Una primera forma de *provocatio* surgió en los delitos comunes dejados a la venganza gentilicia. Pero la práctica hizo desaparecer la concepción de estos delitos como de tutela privada e introdujo una tutela estatal o propiamente criminal, en la que los delitos ya no eran de mínima relevancia, sino graves para el orden social y generadores de una crisis en la colectividad, por lo que precisaban de la presencia del *populus*. (ADINOFI, G., «Extremismos en tema de «accusatio» e «inquisitio» en el procedimiento penal romano», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección Derecho Romano, XXXI, Valparaíso (Chile), 2009, p. 39).

⁷ Véase MAIER, J., «Derecho Procesal Penal...», *op. cit.*, pp. 282 y ss. y MARICONDE VÉLEZ, A., «Estudios de Derecho...», *op. cit.*, pp. 31 y ss.

Este sistema se constituyó en la idea de que el delito perjudicaba a la colectividad, cuyos miembros tenían el interés y la aptitud suficiente para demandar la represión. Su éxito dependía, en consecuencia, del sentimiento individual por la verdad y la justicia, y del amor de los ciudadanos por lo público. Mediante la atribución del poder de acusar que descansaba en la rectitud y la honorabilidad, se les confió a los ciudadanos la tarea de vigilar la paz y la seguridad de la comunidad. Es por ello, que, a finales de la República, la inactividad de los particulares determinó la parálisis de la actividad jurisdiccional, y, por tanto, la impunidad de los delitos que no eran objeto de acusación⁸.

El sistema de enjuiciamiento penal se volvió a transformar durante el Imperio, pues al cambiar la fuente de soberanía de los ciudadanos al Emperador, se modificó la competencia de las funciones estatales. No obstante, la *accusatio* se conservó, e incluso se perfeccionó durante este periodo, ya que el nuevo procedimiento fue introducido paulatinamente por leyes extraordinarias para determinados delitos, de ahí su denominación «*cognitio extraordinem*»⁹. La nomenclatura que se atribuyó al nuevo procedimiento penal refleja dos de sus características esenciales. En primer lugar, el renacimiento de la *cognitio* como método de enjuiciamiento que implicaba la omnipotencia procesal al reunir en una única persona dos funciones esenciales del proceso, la de acusar y la de decidir. Y, por otro lado, la regulación de este sistema como una excepción, consignada a suplir la inactividad y complejidad del antiguo sistema acusatorio¹⁰.

El derecho de acusar se concibió siempre como un tributo de la soberanía, pero los cambios que incorporaron las leyes hicieron que dejara de ser una parte fundamental del proceso penal cuando empezó a ser evidente la pasividad de los particulares y la impunidad de los delitos. De un lado, se limitó el derecho de acusar a los delitos que únicamente afectaban a un interés individual y solo podía acusar el damnificado, por otro lado, se amplió este derecho

⁸ MARICONDE VÉLEZ, A., «*Estudios de Derecho...*», *op. cit.*, pp. 28 y 29, MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», obra cit., p. 279 y MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 7.

⁹ MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», *op. cit.*, pp. 284 y ss.

Durante el Principado, se produce una progresiva reducción de la competencia de las *quaestiones perpetuae* a favor del Príncipe y de sus funcionarios, surgen nuevas figuras delictivas perseguidas por funcionarios imperiales que actúan a través de la *cognitio extraordinem*. Durante el Imperio de Augusto, se crea un aparato estatal centralizado que caracterizara el Imperio Romano hasta su conclusión, la investigación criminal, como actividad policial y de seguridad del Estado recae en varias instituciones, sobre todo de carácter militar. Finalmente, en el Dominado del emperador Diocleciano se lleva a cabo una gran reforma judicial (S. III d.c) dónde las *quaestiones perpetuae* son absorbidas por las *cognitio extra ordinem*. (LÓPEZ GOBERNADO, C. J., «Investigación criminal en el...», *op. cit.*, p. 18).

¹⁰ MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», *op. cit.*, p. 287.

a las personas indignas y a los esclavos en defensa de los intereses del Emperador (delitos de lesa majestad)¹¹.

Para la doctrina junto con el cambio político dos fueron las circunstancias que terminaron por abolir el sistema acusatorio instaurado durante la República, la primera la ampliación de la facultad de perseguir penalmente a un número mayor de personas y la segunda la aparición de funcionarios oficiales encargados de salvaguardar la seguridad pública y de perseguir penalmente los hechos delictivos de los que tuvieran conocimiento. Con la ampliación del derecho de acusar se favoreció el incremento de las acusaciones infundadas, lo que originó una serie de abusos y conflictos que no pudieron ser paliados por los castigos previstos para los que ejercieran abusivamente el derecho concedido. Y el advenimiento de los funcionarios públicos determinó el surgimiento del sistema de persecución penal que sigue vigente hasta nuestros días, después de constituir la base fundamental del sistema de enjuiciamiento de la Inquisición. Este poder oficial coexistió con las añejas formas de la *accusatio* y en sus orígenes solo fue un remedio extraordinario y subsidiario en caso de que ningún ciudadano ejerciera la función de acusar, pero la práctica lo instituyó como el principal sistema de persecución penal a finales del Imperio, siendo la herencia primordial del Derecho romano, conservada por la Iglesia y por las universidades y acogida como Derecho común en la Europa continental¹².

En lógica con los nuevos principios que regían la jurisdicción y la acción, el magistrado asumió una posición activa desde el comienzo hasta la conclusión del procedimiento penal. Era el encargado de la investigación preliminar y durante el debate era quien interrogaba al acusado y a los testigos, en su *imperium* se reunieron los poderes de impulsar e instruir el procedimiento que caracterizan el sistema inquisitivo. Por su parte, el acusador se volvió un simple denunciante del hecho y el acusado perdió su posición y los derechos que antes se le conferían, pues podía ser objeto de un verdadero interrogatorio y se restableció la prisión preventiva y la caución para el ciudadano romano¹³.

¹¹ MARICONDE VÉLEZ, A., «*Estudios de Derecho...*», *op. cit.*, p. 37.

¹² ARANGIO RUÍZ pone de manifiesto que el procedimiento de las *questiones* de tan restringida aplicación desde Augusto, cae en el abandono absoluto a partir de los Severos. La duplicidad de regímenes a la que se dio relevancia en la época clásica desaparece para dar paso a la jurisdicción exclusiva de los funcionarios imperiales. Asimismo, se consiguió el éxito definitivo de la *inquisitio* sobre la *accusatio* y la unificación del sistema penal (ARANGIO RUÍZ, V., «*Historia del...*», obra cit., p. 391).

¹³ Según MANZINI los poderes del magistrado fueron invadiendo cada vez más la dimensión de atribuciones reservadas al acusador privado, hasta que llegó una época en que se reunieron en el mismo órgano del Estado (magistrado) las funciones que le competen a día de hoy al Ministerio Público y al Juez. (MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal...*», obra cit., p. 7)

Como se puede comprobar el procedimiento penal sufrió una profunda conversión durante el Imperio, aunque el debate siguió siendo oral y público, la instrucción preliminar estaba encomendada a los jueces y se desarrollaba por escrito y en secreto. En palabras de Velez Mariconde éste «es el germen del régimen inquisitivo que después renacerá vigoroso en el seno del derecho canónico»¹⁴.

III. EL ORIGEN DE LOS PROCESOS PENALES DE CORTE INQUISITIVO EN IBEROAMÉRICA

La legislación indígena precedente a la conquista y la colonización hispana no tuvo influencia en los sistemas de enjuiciamiento penal que rigen actualmente en Iberoamérica, pues como bien apunta Maier la conquista y la colonización hispánica supusieron «la imposición física y cultural de un pueblo sobre otro, de una cultura sobre otra»¹⁵. Tal es así, que los indígenas solo subsisten en grupos minoritarios y, culturalmente, su civilización solo existe en fracciones muy exiguas y excepcionalmente logra orden jurídico oficial.

Como en la época de la colonización el sistema dominante en Castilla, y más tarde en España, fue la Inquisición, este es el punto de partida del desarrollo del Derecho procesal penal hispanoamericano. El Derecho aplicable en materia procesal penal en América hispana hasta los tiempos emancipadores, e incluso, después, fue el Derecho sobre la organización judicial, que tuvo independencia propia como Derecho colonial o indiano y, el Derecho relativo al procedimiento penal, que fundamentalmente fueron *Las Partidas*, pues a pesar de su vigencia supletoria, se impusieron en el escenario cultural y legislativo de aquellos tiempos.

La amplia expansión de *Las Partidas* y su dominio en el enjuiciamiento penal de la época colonial se pone de manifiesto en la orden de prelación de leyes que las distintas recopilaciones establecieron. *La Recopilación de las Indias* (1680) sancionaba que se debía de aplicar en todo aquello que no estuviera previsto en la propia Recopilación: las cédulas reales, las provisiones u ordenanzas especiales y el Derecho castellano conforme a la Ley del Toro (1505). Dicha ley remitía al *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348), cuyo orden de prelación de las fuentes jurídicas vigentes era el siguiente: 1) El *Ordenamiento de Alcalá*, 2) los *fueros municipales*, 3) el *Fuero Real* y 4) *Las*

¹⁴ MARICONDE VÉLEZ, A., «*Estudios de Derecho...*», *op. cit.*, p. 41.

¹⁵ MAIER, J., «*Derecho Procesal Penal...*», *op. cit.*, p. 329.

Partidas. Posteriormente, la *Nueva Recopilación de Castilla* (1567) y la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (1805) reprodujeron las mismas fuentes y su orden. Se deduce que ni los fueros municipales ni el Fuero Real pudieron tener vigencia en Iberoamérica, ya que su validez jurídica estaba supeditada a la validez de su propia vigencia en las ciudades castellanas. Por lo tanto, *Las Partidas*, aunque citadas en último lugar como Derecho supletorio, fueron el cuerpo legal que presidió el Derecho común en Iberoamérica¹⁶.

El libro de *Las siete Partidas*, elaborado por Alfonso X («El sabio») en el siglo XIII, fue el texto legal que introdujo en España el Derecho romano-canónico y el método inquisitivo en la persecución penal. El sistema inquisitivo propio de la Roma imperial y que triunfó en Europa continental durante la baja Edad Media, se inspiraba en el principio de la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, quien al mismo tiempo se encargaba de acusar y de juzgar. La finalidad esencial de la persecución penal inquisitiva era la consecución de la verdad histórica o material¹⁷.

En lógica, el procedimiento inquisitivo se caracterizaba porque la jurisdicción era ejercida por magistrados permanentes que representaban al Rey, al Monarca o al Emperador; la acción era ejercitada por un procurador real, pero promovida *ex officio* por el propio magistrado inquiriente mediante el eventual concurso de una denuncia secreta (confundiendo la acción con la jurisdicción); el juez tenía un poder absoluto en la impulsión e investigación, era el «director» exclusivo del proceso, mientras que el acusado sufría refinadas torturas y carecía total o parcialmente del derecho de defensa; la prisión preventiva con la incomunicación era una regla que casi no tenía excepciones; en la valoración de la prueba presidía el sistema legal o positivo; el procedimiento era escrito, absolutamente secreto y no contradictorio; y por último, la voluntad arbitrada y despótica del Príncipe se imponía al principio de cosa juzgada¹⁸.

Si bien la Independencia de España en la mayoría de los estados iberoamericanos en las primeras décadas del siglo XIX supuso un relevante cambio político, no implicó la derogación de las leyes que estuvieron vigentes durante el período colonial. Con carácter general, las leyes españolas coloniales continuaron en vigor en los nuevos Estados por varias décadas tras haberse declarado formalmente la independencia de los mismos. El período posterior a la Independencia estuvo marcado por la inestabilidad política, los desórdenes sociales, las revoluciones y las guerras internas en casi toda Iberoamérica, por

¹⁶ MAIER, J., «Derecho Procesal Penal...», *op. cit.*, p. 333.

¹⁷ MAIER, J., «Derecho Procesal Penal...», *op. cit.*, p. 449.

¹⁸ MARICONDE VÉLEZ, A., «Estudios de Derecho...», *op. cit.*, p. 13.

lo que la prioridad esencial en esta época no fue codificar leyes nacionales, sino consolidar el proceso independentista y estructurar nuevos estados. En tal sentido, se sostiene que los esfuerzos legislativos se concentraron en la redacción de Constituciones capaces de regular la organización básica de poder y proveer a los ciudadanos de un estatuto básico de garantías frente al Estado¹⁹.

El proceso codificador en Iberoamérica se produjo por lo general en la segunda mitad del siglo XIX o, al menos, muchos años después de la Independencia de los países iberoamericanos. La principal influencia de la nueva codificación fue la antigua legislación española, que era la legislación vigente con anterioridad a las reformas liberales introducidas en el siglo XIX, reformas que fueron fruto de las ideas del proceso político y social derivado de la Revolución Francesa. Estas ideas inspiraron la reestructuración del proceso penal en Europa durante el siglo XIX, evolucionando los sistemas procesales penales de los estados de este continente de un modelo inquisitivo ortodoxo a un modelo mixto²⁰.

Si bien en los inicios de la Revolución Francesa la concepción de la República abogó por el retorno del sistema acusatorio con acusación popular, nacido en Grecia, perfeccionado en la República romana y conservado en Inglaterra. La solución que terminó por adoptarse fue la continuidad de las reglas de la Inquisición subordinadas a los principios del sistema acusatorio que limitaron su valor absoluto e hicieron surgir así, lo que se conoce como el sistema mixto.

El sistema mixto prefirió los valores inherentes a la dignidad humana frente a las finalidades absolutas del enjuiciamiento inquisitivo consistentes en la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, las cuales admitían la utilización de cualquier medio de prueba para lograr sus objetivos. En el nuevo sistema, estas finalidades siguieron siendo importantes, pero tenían más valor ciertos atributos fundamentales de la persona humana que restringieron los medios por los cuales podían ser alcanzadas, pasando de tener un carácter absoluto a tener un carácter relativo. Tales atributos tornaron en

¹⁹ DUCE, M. y RIEGO, C., *Proceso Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 43.

Los autores como ejemplo de la inestabilidad política que experimentó Iberoamérica en aquella época, traen a colación los casos de Perú que entre 1826 y 1866 tuvo treinta y cuatro presidentes y de Honduras que entre los años 1827 y 1900 tuvo noventa y ocho presidentes y doscientas tres acciones constitutivas de guerra civil.

²⁰ En términos generales este nuevo modelo se caracterizó por el reconocimiento de mayores derechos para el imputado (se abolió la tortura); por el establecimiento de un juicio oral, público y contradictorio; por la separación de poderes en el proceso penal mediante la creación de un Ministerio Público como órgano acusador; y por la incorporación de la participación legal en la Administración de justicia por vía de la institución del jurado. DUCE, M. y RIEGO, C., «*Proceso Penal...*», *op. cit.*, p. 44.

normas de garantías y derechos individuales, que consagraban el tratamiento como inocente de una persona acusada hasta que los tribunales designados según la ley no emitieran una sentencia firme de condena, para lo cual resultaba ineludible la celebración de un juicio oral previo, acorde con las reglas que establecía la ley, en el que se garantizaba la libertad y la eficacia de la defensa y se prohibía toda coacción dirigida contra la persona acusada para obligarla a revelar datos que pudieran comprometerla²¹.

A pesar de que estas ideas de corte liberal que fundamentaron la reconfiguración de los procesos penales europeos fueron compartidas por los fundadores de los nuevos Estados de Iberoamérica, éstas no tuvieron reflejo en la codificación de los procesos penales iberoamericanos, la mayoría de los estados adoptaron como modelo para su codificación el sistema inquisitivo ortodoxo previsto en la legislación española precedente a la reforma de 1882, e incluso las *Las Siete Partidas*.

Una de las razones que se han invocado para explicar por qué los países iberoamericanos codificaron el antiguo modelo inquisitivo y no el modelo reformado, es que para al menos un grupo importante de éstos la codificación fue terminada con anterioridad a la codificación del nuevo sistema en Europa, es decir, que los países iberoamericanos efectuaron una codificación prematura y no tuvieron la posibilidad de «tener un modelo que copiar». Sin embargo, esta explicación no resulta del todo convincente, entre otras cosas, porque el *Códe d'instruction criminelle* francés es del año 1808 y, también porque muchos países de Iberoamérica que tuvieron una codificación precoz en el siglo XIX, ratificaron sus sistemas inquisitivos en reformas posteriores realizadas durante el mismo siglo XIX y a principios del siglo XX²².

Se considera que la verdadera razón de este fenómeno reside en el «tipo de modernización» que los estados iberoamericanos experimentaron, pues las elites que dirigieron este proceso de modernización si bien querían realizar cambios relevantes en el sistema político, económico y legal para adaptar los nuevos Estados a las necesidades que conllevaba el hecho de constituirse en naciones independientes, no intentaron transformar las estructuras sociales y las jerarquías existentes en estas sociedades, puesto que éstas resultaban útiles a su proyecto modernizador. En tal sentido, el Derecho Procesal Penal era concebido como la herramienta legal más idónea para el mantenimiento de las estructuras sociales, pues se trata de una rama del Derecho que interactúa día a día con las personas y que tiene la capacidad concreta de afectarlas, a dife-

²¹ MAIER, J., «Derecho Procesal Penal...», *op. cit.*, p. 450.

²² DUCE, M. y RIEGO, C., «Proceso Penal...», *op. cit.*, p. 46.

rencia de lo que ocurre con el Derecho sustantivo penal, razón por la cual en el siglo XIX sí se adoptaron en Iberoamérica legislaciones sustantivas penales de corte liberal en consonancia con las tendencias europeas, pero no sucedió lo mismo con los códigos procesales penales²³.

IV. LA REFORMA PROCESAL PENAL EN IBEROAMÉRICA: EVOLUCIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO O ADVERSARIAL

El Derecho Procesal Penal de los países Iberoamericanos se adentró, a partir de la década de los ochenta del siglo XX, en un período de reformas totales que guarda cierta similitud con la transformación que experimentó el Derecho Procesal Penal de la Europa continental durante el siglo XIX. No se trató de una reforma parcial a un sistema ya adquirido y vigente, sino de una reforma del sistema en virtud de otra concepción del proceso penal. Mediante esta reforma se derogaron los antiguos códigos de corte inquisitivo, vigentes desde el período codificador posterior a la proclamación de la Independencia, para adoptar leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho.

Una de las principales razones que motivó la Reforma Procesal Penal fue la inagural democratización institucional de muchos de los países iberoamericanos a partir de los últimos años de esta década. Tras un largo período de inestabilidad política debido a la fluctuación entre gobiernos democráticos débiles y dictaduras militares, fruto de golpes de Estado, así como de guerras civiles²⁴. De regreso en la vida cultural y democrática, tolerante ideológicamente y plural políticamente, no tardó en ponerse de manifiesto el retraso histórico de estos países en el desarrollo del Derecho Procesal Penal y la discordancia existente entre las normas procesales penales con los textos constitucionales.

El desarrollo Procesal Penal iberoamericano estuvo marcado por la desavenencia entre la legislación Procesal Penal de los estados y sus constituciones, procedentes del movimiento liberal de finales del siglo XVIII, que tuvo una notable influencia en la organización nacional y jurídica de los países ibe-

²³ DUCE, M. y RIEGO, C., «*Proceso Penal...*», *op. cit.*, p. 47.

²⁴ Se trata de un contexto particular, marcado por el dolor, la sangre y la injusticia. Entre las manifestaciones más violentas de las dictaduras se encuentra la desaparición de 30.000 personas en Argentina, 4.000 en Chile y cerca de un millar en Brasil. A lo que hay que sumar crisis económicas relevantes, que confrontaban a los ciudadanos con la inaccesibilidad a sus propias divisas. Con la llegada de los Derechos Humanos se van diluyendo las cicatrices de las Dictaduras, y en Iberoamérica se considera que la imposición de la Democracia vendría de la mano de una reforma del aparato jurídico. GILLES BÉLANGER, P. «Algunos apuntes sobre las razones de la reforma del procedimiento penal en América latina», *Prolegómenos. Derechos y valores*, Vol. XIII, Núm. 26, 2010, p. 61.

roamericanos²⁵, pero los nuevos textos constitucionales no influyeron en el Derecho Procesal Penal (procedimiento y organización judicial) que preservó sus características básicas. Salvo alguna excepción como Cuba, que estuvo bajo la dominación española hasta comienzos del siglo xx y fue receptor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882), o la República Dominicana que adoptó el *Códe d'instruction criminelle* francés de 1808.

Otra de las razones que motivó la Reforma fue la suscripción y ratificación, por parte de los estados de Iberoamérica de algunas normas internacionales como el Convenio de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que, junto con otros instrumentos y convenciones internacionales y regionales sobre la materia, fueron incorporados, incluso, a las constituciones de varios países iberoamericanos, para otorgarles rango constitucional²⁶.

La mayoría de los de países iberoamericanos mantuvieron los códigos procesales de corte inquisitivo adoptados durante el siglo xix vigentes hasta hace relativamente poco. Como casos ejemplificativos, se pueden traer a colación, Paraguay cuyo Código Procesal rigió sin modificaciones relevantes desde su promulgación en 1890 hasta marzo del año 2000, Nicaragua donde el Código de 1879 no se dejó de aplicar hasta que se aprobó el nuevo en diciembre de 2001, y, por último, en Argentina el Código de Procedimiento Penal Federal de 1888 rigió hasta 1991. Durante la primera mitad del siglo xx, estados como Costa Rica (1941) y Colombia (1938) reformaron totalmente sus antiguos códigos, pero los nuevos no presentaron un cambio sustancial frente a los componentes propios del sistema inquisitivo.

A mediados del siglo xx, varios países llevaron a cabo modificaciones más significativas en sus procedimientos penales. Perú en 1940 y Venezuela en 1962, aprobaron unos nuevos códigos que incorporaron una suerte de juicio oral y otras innovaciones menores en el sistema. No obstante, el impacto de estas transformaciones en el funcionamiento del sistema penal fue mínimo²⁷. El esfuerzo más profundo de reforma tuvo lugar en la provincia de Córdoba, cuyo código del Procedimiento Penal de 1939 fue el primer receptor del Derecho europeo-conti-

²⁵ El movimiento de Independencia de los países iberoamericanos, de principios del siglo xix, responde intelectualmente a dos movimientos liberales: la Ilustración desembocada en la Revolución francesa y la independencia de las colonias inglesas del Norte de América.

²⁶ MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, AD. HOC, 2000, p. 23.

²⁷ DUCE, M. y RIEGO, C., «Proceso Penal...», *op. cit.*, pp. 49 y 50.

mental, siendo sus principales fuentes los Códigos italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española y la Ordenanza Procesal alemana.

El Código de Córdoba tuvo un papel esencial en la Reforma Procesal Penal iberoamericana, en un gran número de congresos se consideró que era un referente para el resto de los países, y los juristas de esta Universidad tuvieron una participación determinante en la redacción de las bases de la reforma de la legislación Procesal Penal de Iberoamérica. La creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal proporcionó a esta escuela el empuje final, aprobando primero las bases uniformes para Iberoamérica y después, en las Jornadas de Río de Janeiro en 1988 el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que rigió gran parte de la reforma iberoamericana.

El ejemplo de la Provincia de Córdoba fue seguido por Costa Rica que adoptó un Código Procesal basado en el de ésta en el año 1973, y por varias provincias argentinas que también modificaron sus legislaciones procesales. Estas iniciativas son las precursoras de las reformas que la gran mayoría de los países iberoamericanos comenzaron, evolucionando de un sistema inquisitivo a un enjuiciamiento de tipo acusatorio. Sin embargo, algunos estados implantaron un sistema mixto, ya que cada uno reformó sus legislaciones de acuerdo con su ideología.

IV.1 El caso específico del ordenamiento jurídico chileno

Al igual que en el resto de Iberoamérica, en Chile la Independencia de España y el surgimiento de la nueva República a principios del siglo XIX no supusieron la inaplicación de la legislación colonial, ésta continuó vigente hasta la promulgación del Código del Procedimiento Penal de 1906, el cual, a pesar de constituirse como un nuevo cuerpo legal, conservó las estructuras básicas del sistema inquisitivo. El cuerpo normativo en cuestión entró en vigor en el año 1907, rigiendo el proceso penal chileno sin apenas modificaciones estructurales que abandonarían el sistema inquisitivo hasta la fecha de su derogación por el nuevo código en el año 2000²⁸.

La modificación más relevante que experimentó el Código de 1906, en vez de avanzar a un sistema mixto semejante a los modelos imperantes en la Europa continental, implicó una regresión al sistema inquisitivo más primitivo. Mediante el Decreto con Fuerza de Ley N.º 426 de 1927 se eliminó la figura de los promotores fiscales, concentrando la función acusatoria y la de enjuiciamiento en una única persona, el Juez del Crimen, que era el encargado

²⁸ DUCE, M. y RIEGO, C., «*Proceso Penal...*», *op. cit.*, p. 51.

de realizar la investigación y de juzgar²⁹. El citado Decreto sancionaba expresamente que los fiscales eran funcionarios no «indispensables», por lo que en lógica con el funcionamiento del sistema esta decisión era racional y coherente, pues permitía ahorrar recursos económicos al Estado y trámites superfluos al proceso³⁰.

Un error habitual en la doctrina procesal penal chilena ha sido mantener que el sistema establecido por el Código de 1906 se correspondía con el sistema inquisitivo reformado o con el mixto. Pero los elementos que caracterizaban el sistema mixto nunca habían estado vigentes en el proceso penal chileno. Es más, la legislación española que se siguió como ejemplo en la codificación fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1852, de corte inquisitivo, asidua del sistema establecido por *Las Partidas*. El legislador chileno prefirió utilizar como modelo la derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1852 que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, vigente en España por aquel entonces y en la que se establecía un sistema mixto³¹.

La Reforma Procesal Penal que tuvo lugar en el año 2000 conllevó un cambio sustancial en el proceso penal chileno, con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal se modificó el funcionamiento de los tribunales de justicia, se instauraron instituciones que no existían antes de la reforma y se destinaron recursos económicos sin precedentes al sistema de justicia criminal. El propósito fundamental de esta reforma, desde su inicio, fue garantizar la adecuada configuración de un modelo procesal de tipo acusatorio, estableciendo como etapa central del proceso el juicio oral y haciendo el procedimiento penal funcional a las principales garantías del debido proceso³².

La reforma distribuyó las diferentes funciones del proceso penal en distintos órganos judiciales. En primer lugar, se creó un Ministerio Público, institución

²⁹ DUCE, M. y RIEGO, C., «*Proceso Penal...*», *op. cit.*, p. 53.

³⁰ En casi toda Iberoamérica el papel del Ministerio Público en aquella época era considerado como «absolutamente irrelevante», algunas de las caracterizaciones que se le atribuyeron a esta institución fueron la de «quinta rueda del carro», un «convidado de piedra» o que los fiscales eran «soldados sin armas ni generales». Esta situación de irrelevancia conllevó a que no solo Chile suprimiera la figura del Ministerio Público, en Honduras también tuvo lugar un fenómeno semejante. Con todo, la supresión del Ministerio Público del sistema procesal penal no fue la regla general en Iberoamérica, la mayoría de los países conservaron esta figura, pero con un perfil muy bajo. Es posible afirmar que la existencia del Ministerio Público no pasó de ser una previsión legal en un buen número de países latinoamericanos hasta que tuvo lugar el proceso de reforma. DUCE, M., «El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: Visión General acerca del Estado de los cambios», *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, N.º 6, 2005, pp. 179 y 180.

³¹ DUCE, M. y RIEGO, C., «*Proceso Penal...*», *op. cit.*, p. 52.

³² RIEGO, C., «El proceso de reforma del procedimiento penal chileno». p. 374. Texto disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_18.pdf (último acceso marzo 2019) y DUCE, M., «El Ministerio Público en la Reforma...», *trab. cit.*, p. 176.

inexistente en aquél entonces en Chile, su incorporación al sistema tuvo lugar mediante las modificaciones operadas por la Ley N.º 19.519 en la Constitución Política del Estado, que consagró al acusador público por excelencia como un órgano constitucional e independiente, al que se le confirió la dirección exclusiva de la investigación de los delitos de acción pública, el ejercicio de la acción penal y el mantenimiento de dicha acusación en el juicio oral (art. 83, inciso 1.º CPE), aprobándose su Ley Orgánica reguladora N.º 19.640 en el año 1999.

En segundo lugar, la función jurisdiccional pasó de estar en manos de un juez único e inquisitivo (Juez del Crimen), a ser competencia de dos tipos de tribunales entre los que no existe una relación de jerarquía. Los Jueces de Garantía, encargados de velar por el correcto desarrollo de las etapas de investigación e intermedia; y el Tribunal Oral en lo Penal, encargado de resolver aquellos procesos que lleguen a la última etapa del proceso, el juicio oral. El perfeccionamiento de la gestión de los Tribunales fue uno de los objetivos principales de la reforma, por lo que se agrupó a los jueces de una misma jurisdicción en un mismo Tribunal, el cual opera en múltiples salas administradas por un cuerpo común y profesionalizado de administradores, aplicándose este diseño organizacional tanto a los Juzgados de Garantía como a los Tribunales del Juicio.

En tercer lugar, se encomendó la defensa del imputado a la Defensoría Penal Pública, órgano creado también por la reforma que debe dar asistencia gratuita a aquellas personas que no tengan los recursos necesarios para satisfacerla por ellas mismas. Y también a aquellas otras, que, teniendo los medios precisos, prefieran que las represente la Defensoría, aunque éstas deben retribuir sus servicios de acuerdo con un arancel predeterminado proporcional a su capacidad económica. Es importante destacar que, con la reforma el derecho de defensa letrada empieza desde que tiene lugar la primera actuación del procedimiento.

Por otro lado, se dividió el procedimiento en tres etapas esenciales: la investigación, la preparación del juicio oral o etapa intermedia y el juicio oral. Por último, se dotó al sistema de cierta capacidad para racionalizar el uso de recursos y administrar soluciones político-criminales más apropiadas. Estos mecanismos comprenden el ejercicio de discrecionalidad por parte del Ministerio Público (facultad de no iniciar la investigación, archivo provisional, principio de oportunidad), las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios) y los mecanismos de simplificación procesal (juicio inmediato, procedimiento abreviado, procedimiento simplificado y procedimiento monitorio).

V. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL: VESTIGIOS DE LA *ACTIO QUIVIS EX POPULO* EN IBEROAMÉRICA

Una de las finalidades que se persiguió con la elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989)³³ fue la de acercar las legislaciones de los estados iberoamericanos, pero este texto normativo no tiene carácter vinculante. Su artículo 68, como es de suponer, confía el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio en el Ministerio Público. El artículo 78 establece la figura del querellante adhesivo, disponiendo que en los delitos de acción pública «la persona con capacidad civil particularmente ofendida, su representante o guardador en caso de incapacidad, podrá iniciar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público».

El inciso segundo del mismo precepto declara que aquellos estados que políticamente prefieran un querellante con mayores atribuciones e instaurar la acción popular, podrán incorporar en sus Códigos Procesales el siguiente texto «en los delitos de acción pública, que afecten a intereses colectivos o cometidos con abuso de la autoridad pública, cualquier ciudadano con capacidad civil puede asumir el papel del querellante con todas las facultades y responsabilidades que este Código establece». Tan solo algunos estados han instaurado la figura de la acción popular en sus Códigos Procesales Penales. En general, el ámbito objetivo de estas acciones se circunscribe a los delitos que impliquen una violación de los derechos humanos, los cometidos por funcionarios públicos o los que afecten a intereses colectivos o difusos, pero hay excepciones.

Uno de los estados de Iberoamérica que instituye una modalidad de acción popular es Chile, de este estado llama la atención que paulatinamente fue restringiendo cada vez más la legitimación para el ejercicio de la acción penal. El Código del Procedimiento Penal de 1906, pese a ser de corte claramente inquisitivo, instauraba una auténtica acción popular en los arts. 15 y 93, el primer precepto señalaba que la acción penal pública podía ser ejercida por toda persona capaz de comparecer en juicio, siempre que no tuviera especial prohibición de la ley y que se tratara de delitos que debían ser perseguidos de oficio, y el segundo que «toda persona capaz de parecer en juicio por sí misma podía querellarse ejercitando la acción pública (...)»³⁴. Sin embargo, esta institución no tuvo mucha incidencia práctica, por lo que el nuevo Código Proce-

³³ Texto disponible en <http://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/4221> (último acceso septiembre 2018).

³⁴ Texto disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/sp_chl-int-text-cpp.pdf (último acceso en octubre de 2018).

sal Penal del año 2000, limitó el ejercicio de la acción penal; estableciendo como regla general que sólo la víctima, su representante legal o heredero testamentario pueden interponer querrela; y como excepción el ejercicio de la acción popular para determinados delitos (art. 111, inciso 2)³⁵.

En efecto, el art. 111, inciso 2.º, del Código Procesal chileno dispone que «también se podrá querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública». Asimismo, el inciso 3.º, del mismo precepto legal extendía la facultad para querrellarse a «cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto»³⁶. Hubo autores que consideraron que la participación ciudadana en la nueva acusación del sistema chileno revelaba una cierta desconfianza en el Ministerio Público, la misma era injustificada si se tenía en cuenta que en este ordenamiento nunca había habido acusador público³⁷.

El inciso 3.º del art. 111 del código fue suprimido por la reforma introducida por el art.1, N.º 9 de la Ley N.º 20.074, de 14 de noviembre de 2005 en el Código Procesal Penal, y se sustituyó por el siguiente texto: «los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas le otorguen expresamente las potestades correspondientes»³⁸.

³⁵ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 287.

³⁶ Es importante no perder de vista que el inciso 2.º del art.111 hablaba de cualquier persona domiciliada en la «provincia», mientras que el inciso 3.º se refería a cualquier persona domiciliada en la «región», la cuestión no era baladí; pues una provincia es un territorio más pequeño que una región, que está formada por un conjunto de provincias. En la tramitación de este artículo el Senado estimó adecuada la diferenciación de considerar, por un lado, la protección de determinados bienes jurídicos (inciso 2), y por otro, la complejidad de establecer la titularidad de la acción en los delitos que afectan a intereses sociales relevantes (inciso 3); puesto que éstos últimos denominados intereses difusos o colectivos afectan a la comunidad en general o a un grupo de personas. Por lo que se decidió que en un caso pudiera querrellarse cualquier persona domiciliada en la provincia y, en el otro supuesto, cualquier persona domiciliada en la región (PFEFFER URQUIAGA, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2001, pp. 138 y 139).

³⁷ PEDRAZ PENALVA, E., «Participación popular en la Justicia Penal (Especial consideración del proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile, Sala Cámara de Diputados a 21.1.1998), *Revista de Derecho*, N.º Especial, 1999, p. 36.

³⁸ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley N.º 20.074 también se modificó la letra a) del artículo 3.º del Decreto con fuerza de Ley N.º 7.912, de 1927, del Ministerio del Interior, dicha modificación consistió en añadir un nuevo párrafo con la finalidad de habilitar al Ministro del Interior, al Subsecretario del Interior, a los intendentes y a los gobernadores para que pudieran deducir querrela contra hechos delictivos que alteren el orden público, la seguridad pública y; cuando se tratara de delitos previstos en la Ley N.º 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de es-

La doctrina considera que durante los cinco años que estuvo vigente el inciso 3.º del art. 111 nunca pudo determinarse el alcance y el sentido de la segunda posibilidad de acción popular, en particular las expresiones «...intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto...», por lo que el legislador optó por eliminarla y restringir la titularidad de la acción penal aún más³⁹.

Aunque la primera modalidad de acción popular establecida en el art. 111 inciso 2.º del Código sigue vigente, su devenir es incierto, pues recientemente la Comisión Asesora Ministerial para el perfeccionamiento del Código Procesal Penal entregó al Ministro de Justicia y Derechos Humanos (Hernán Larraín), un informe que servirá de base para el Proyecto de Ley del nuevo Código Procesal Penal, en el que se propone la eliminación de esta modalidad en atención «a que el interés público por la persecución penal es detentado y ejercido por el Ministerio Público» y a que «constituye una afectación de la igualdad de armas la existencia de querellantes institucionales y querellantes diversos a la propia víctima»⁴⁰.

En Nicaragua, el Código Procesal Penal no atribuye el monopolio de la acción penal al Ministerio Público, pues también son titulares de la misma la víctima y «cualquier persona, natural o jurídica, en delitos de acción pública»⁴¹. Excepto los delitos de violación de persona mayor de 18 años, estupro y acoso sexual que son delitos de acción pública a instancia de particular y; los de calumnia e injuria que son de acción privada, el resto son delitos de acción pública⁴². Se considera que la acción penal es una potestad del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la República (en su caso), y un derecho de cualquier persona, víctima o no del delito. En consecuencia, la acción penal es la potestad o el derecho (dependiendo del sujeto procesal que la ejercite) de pedir la apertura de un proceso contra una persona determinada, de participar

pectáculos de fútbol profesional o, en la Ley N.º 20.000 relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se consideró que era muy importante que el Ministerio del Interior tuviera esta facultad, ya que se trataba del responsable político de la seguridad pública, con independencia de las atribuciones del Ministerio Público (PFEFFER URGUIAGA, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*., Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2006, p. 193).

³⁹ CASTRO JOFRÉ, J., *Introducción al Derecho Procesal Chileno*, Santiago de Chile LexisNexis, 2006, p. 254.

⁴⁰ Texto disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/ministro-de-justicia-y-dd-hh-recibe-informe-de-la-comision-asesora-para-la-reforma-procesal-penal/?fbclid=IwAR0prdWyZzCNY0zFambf-qZ2AH-SE-pSXEjHI4KB7TSkQrRsK6osuTXiMzIE> (último acceso enero 2019).

⁴¹ El artículo 51 del CPPN dispone que «la acción penal se ejercerá: 1. Por el Ministerio Público, de oficio, en los delitos de acción pública; 2. Por el Ministerio Público, previa denuncia de la víctima, en los delitos de acción pública a instancia de particular, 3. Por la víctima, constituida en acusador particular o querellante, según el caso, y, 4. Por cualquier persona, natural o jurídica, en delitos de acción pública (...».

⁴² Así lo establece el artículo 53 del CPPN.

activamente en él con carácter de parte, de pedir una sentencia sobre el fondo, de impugnarla y, por último, de instar su ejecución⁴³.

Otros estados de Iberoamérica que establecen modalidades de acción popular o que permiten querellarse a cualquier «persona» o «ciudadano», siguen de forma más fiel las pautas del Código Modelo que Chile y Nicaragua. Costa Rica admite que «cualquier persona» presente querrela pública cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios o que afecten a intereses difusos (art. 75 CPPCR); la República Dominicana concede el mismo derecho a cualquier persona «en los hechos punibles cometidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones o, con ocasión de ellas, y en las violaciones de derechos humanos» (art. 85, apartado 3.º, CPPRD); Honduras instituye el mismo derecho en los delitos cometidos «contra funcionarios o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, hayan violado derechos humanos» (art. 96, apartado 3, CPPH); y Venezuela «contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas» (art. 119 CPPV).

Por su parte, Guatemala y El Salvador permiten que se querelle cualquier «ciudadano», en el primer estado cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios (art. 116 CPPG) y, en el segundo en «delitos oficiales y delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de la autoridad y autoridad pública que impliquen una grave vulneración de los derechos humanos fundamentales, los que se cometan contra el ejercicio de sufragio, o cuando se trate de delitos que afecten a intereses difusos o de la colectividad en su conjunto» (art. 107 CPPES).

VI. VALORACIÓN FINAL

Este trabajo muestra que en la actualidad no solo siguen vigentes las instituciones procesales que rigieron los procesos penales de la Antigua Roma, sino que también subsisten las incertidumbres jurídico-procesales que los romanos tuvieron en aquella época. El sistema mixto, implantado en casi todos los estados a nivel mundial, está constituido por un conjunto de instituciones romanas que pertenecen tanto al modelo inquisitivo de la Monarquía y el Im-

⁴³ TIJERINO PACHECO, J. M., en «Acciones procesales en el nuevo Código Procesal Penal de Nicaragua», *Revista de Derecho*, 2002, ISSN 1993-4505, p. 53. Texto disponible en: <http://repositorio.uca.edu.ni/1029/> (último acceso diciembre 2018).

perio de Roma como al sistema acusatorio instaurado durante la República, como ejemplos pueden traerse a colación la persecución penal pública, el sumario secreto, el juicio oral y público, la recurribilidad de las resoluciones judiciales, etc.

En Roma se permitió la intervención *quivis ex populo* en el procedimiento de las *quastiones perpetuate* porque en aquel tiempo se concibió el delito como una lesión a la colectividad, por lo que todos los ciudadanos de la comunidad tenían derecho a acusar y a perseguir el delito. En la actualidad, si bien casi todos los estados confieren el ejercicio de la acción penal y la persecución de los delitos públicos al Ministerio Público con la intervención, en algunos ordenamientos jurídicos, de la víctima. Lo cierto es que sigue presente la duda de si en aquellos delitos en los que no es posible individualizar un ofendido concreto por el ilícito penal, debería de permitirse la intervención *quivis ex populo*, pues el hecho punible afecta a la sociedad en su conjunto.

Tal es así, en los delitos que afectan a intereses colectivos o difusos como el medio ambiente, la seguridad vial, el consumo o la Hacienda Pública. Hemos podido comprobar que muchos estados iberoamericanos permiten que en estos casos pueda querellarse cualquier ciudadano o persona. No obstante, en Chile se está proponiendo la supresión total de esta institución, igual que sucedió durante el Imperio romano, a lo que hay que añadir que la mayoría de los estados europeos y latinoamericanos en los delitos de carácter supraindividual confieren el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad. Es por ello, que parece que la acción penal popular y sus diferentes manifestaciones están abocadas al ocaso en Iberoamérica.

**A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY
DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA: EL DESALOJO
EXPRES Y LOS ORÍGENES ROMANO-CANÓNICOS DE LA
TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN**

*À propos of the Act 5/2018, amending the spanish Civil Procedure Rules:
The «express» eviction and the Roman-canonical origins of the summary
protection of possession*

FRANCISCO JAVIER CASINOS MORA
Universitat de València

Resumen: La ley española 5/2018 ha intentado resolver el acuciente problema social en España del acceso ilegítimo y detentación de inmuebles, la llamada «ocupación», mediante la adición de unas disposiciones que resitúan el concepto de «precario» en su original significado jurídico romano e implican un sorprendente retorno a los precedentes históricos romano-canónicos de la tutela sumaria de la posesión en derecho español.

Palabras clave: acciones posesorias, *actio spolii*, *exceptio spolii*, *interdictos posesorios*, *interdictum unde vi*, *interdictum unde vi armata*, *precarium*, *spoliatus ante omnia est restituendus*, tutela sumaria de la posesión.

Abstract: The Spanish act 5/2018 has attempted to resolve the pressing social problem in Spain of illegal seizure and unlawful withholding of real estate, the so-called «ocupación» by adding provisions that resituate the concept of «precarious» in its original Roman legal meaning and imply a surprising return to the romancanonical historical precedents of the summary protection of possession in Spanish law.

Keywords: *actio spolii*, *exceptio spolii*, *interdictum unde vi*, *interdictum unde vi armata*, possessory actions, possessory interdicts, *precarium*, *spoliatus ante omnia est restituendus*, summary protection of possession.

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha introducido importantes novedades procedimentales en lo relativo a la tutela sumaria de la posesión en España¹ con el propósito fundamental de afrontar de una manera más eficaz y expeditiva el fenómeno de las ocupaciones ilegales de viviendas (fenómeno «okupa»), tanto privadas como pertenecientes al parque de viviendas de las administraciones públicas destinadas a personas o familias necesitadas, fenómeno éste que ha prosperado en un contexto socioeconómico de crisis económica y de exclusión residencial para ciertos sectores vulnerables de la población.

Efectivamente, el significativo aumento de las ocupaciones ilegales ha coincidido no casualmente con la lamentable proliferación de desahucios de personas y familias en situaciones de precariedad económica, como secuela de la crisis económica iniciada en la primera década del presente siglo², y con la consiguiente exacerbación de la sensibilidad social hacia este problema, en la que han buscado cobijo y disimulado intereses lucrativos los ocupantes ilegales, constituidos a menudo en organizaciones de tintes mafiosos con finalidad lucrativa, como deplora la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018. No obstante, y en esto se manifiesta la vertiente social de la reforma, la ley prevé la

¹ He aquí una selección de las obras que se han ocupado monográficamente de los aspectos teóricos y prácticos de los interdictos posesorios o de la tutela sumaria de la posesión en España en las distintas regulaciones de esta materia especialmente a lo largo de las últimas décadas: DE LOS MOZOS, J. L., *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962; SENTÍAS BALLESTER, C., *Tratado práctico de interdictos: la defensa de la posesión*, Barcelona, Nereo, 1978; CABALLERO GEA, J. A., *Los interdictos de retener o de recobrar; y de obra nueva: problemática judicial*, Pamplona, Aranzadi, 1984; DE CASTRO FERNÁNDEZ, J. M., *La protección interdictal: amplitud*, Madrid, Colex, 1986; M. GARCÍA DE MARINA ALLOZA, *Interdictos*, Barcelona, Serlipost, 1992; Consejo general del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial. Los procesos interdictales*, Madrid, 1993; VÁZQUEZ BARROS, S., *Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2000; Id. *Los interdictos. Acciones posesorias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Los interdictos. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2001; VILALTA NICUESA A. E./MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar)*, Barcelona, Bosch, 2001; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, Barcelona, Bosch, 2002; DOMÍNGUEZ MOYA, O., *La tutela sumaria para retener y recobrar la posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; Cerrato Guri, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; y LÓPEZ PÁSARO, E., *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

² A propósito del contexto socioeconómico que ha aconsejado la reforma, indica Rueda Tortuero, A., «Comentario a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas», en *CEFLEGAL*, 210, 2018, 8, ajustada y compendiosamente que «la reforma no pretende sino establecer muros de contención a una lacra que viene afectando muy negativamente a las políticas públicas de vivienda social, a los derechos de los propietarios, al mercado de alquiler y en general al mercado inmobiliario y del crédito para financiar su adquisición, y que debe su origen al estallido de la crisis financiera con origen en el mercado americano de las hipotecas *subprime* o de alto riesgo que se extendió muy rápidamente a partir de la segunda mitad del año 2007, provocando una de las mayores turbulencias financieras a nivel mundial que se conocen y que terminó golpeando dramáticamente las economías de las familias medias limitando, si no cercenando, sus posibilidades de acceso a una vivienda».

obligatoriedad de trasladar comunicación a los servicios públicos competentes cuando los ocupantes ilegales se encuentren en situación de vulnerabilidad social y la intervención de dichos servicios siempre que consientan en ello los ocupantes (arts. 150.4 y 441 bis LEC).

La regulación de la acción posesoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, heredera del llamado «interdicto de retener y recobrar la posesión» de la ley homónima de 1881, excluye evidentemente los casos de despojo de la posesión que caen bajo la órbita del derecho penal, es decir, los constitutivos del delito de usurpación, que regula el art. 245 del Código Penal. Se trata, por un lado, de los despojos posesorios violentos o intimidatorios de inmuebles ajenos que constituyen morada (art. 245.1 CP); y, por otro, de los despojos no violentos de inmuebles o edificios ajenos que no constituyen morada (art. 245.2 CP). En relación con estos últimos, la apreciación de delito es muy restrictiva por aplicación del principio de intervención mínima³. La ajenidad del inmueble es elemento típico fundamental del delito, de modo que la recuperación violenta de una cosa propia, siempre que la *vis* no se emplee sobre las personas, aún perpetrada *ex intervallo* goza de impunidad, sin perjuicio del ejercicio por el despojado de la acción posesoria sobre la que ha incidido precisamente la reforma operada por la Ley 5/2018.

Pues bien, tal regulación de la LEC se ha revelado incapaz de procurar a las personas físicas o entidades propietarias o poseedoras legítimas de viviendas ordinarias o sociales el pronto restablecimiento en la posesión en caso de ocupación ilegal de tales inmuebles no constitutiva de delito. A ese problema práctico de excesiva demora en el restablecimiento de la posesión, con los perjuicios patrimoniales que además conlleva, hay que añadir el de la falta de economía procesal que implica y el problema teórico de la deficiencia técnica que representa la extensión del concepto de precario a las situaciones de posesión no rogada o no consentida a que la jurisprudencia habitualmente se ha visto forzada a incurrir.

Respecto a la solución del problema de la lentitud en el desahucio de los ocupantes ilegales y en la sucesiva reposición en la posesión, la reforma podría generar cierto escepticismo puesto que la celeridad o agilidad no queda asegu-

³ La STS 800/2014, de 12 de noviembre, compendia la doctrina jurisprudencial al respecto: la ocupación no violenta de inmueble o edificio que no constituye morada debe ser una «ocupación ocasional, esporádica, sin vocación de permanencia»; el titular del inmueble objeto de despojo puede ser tanto un particular como una administración pública, sin que la facultad de autotutela de las administraciones públicas implique la despenalización del despojo; y se precisa la concurrencia de dolo, es decir, «el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir, la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada».

rada en términos absolutos por la nueva ley, pues las medidas introducidas, que no cabe duda de que mejoran la situación existente, no quedan apuntaladas en la ley por ninguna suerte de tramitación judicial de urgencia en virtud de la cual se pudiera proceder a la ventilación inmediata del asunto una vez presentada la demanda, como si de una urgencia médica se tratara, sino que la rapidez del restablecimiento posesorio sólo queda garantizada desde el momento en que se ponen en marcha las actuaciones judiciales, momento que, habida cuenta de la perniciosa lentitud de la justicia, podría diferir mucho de aquel en que se insta por el interesado la acción posesoria.

En cualquier caso la reforma introducida por la ley 5/2018 presenta en el plano teórico un particular interés por dos motivos: 1.º Porque la ley recupera el significado jurídico original del precario en Derecho Romano, el cual lo relacionaba exclusivamente con situaciones posesorias consentidas, con la consecuencia de sustraer las ocupaciones ilegales no consentidas de inmuebles del procedimiento de desahucio de precario, que se venía aplicando en la práctica forense por impulso jurisprudencial; y 2.º Porque la ley recupera el histórico principio de origen medieval *spoliatus ante omnia est restituendus*, propio de la tradición romano-canónica, seguida por el derecho común histórico español, si bien es cierto que lo hace limitadamente y bajo ciertas condiciones. Con ello se observa una vez más cómo a veces reflorescen los fundamentos y las instituciones jurídicas históricas debido a que su valor y utilidad intemporales los hace recuperables en otras épocas posteriores, habida cuenta de nuevas realidades socioeconómicas. Pero examinemos, en primer lugar, cuáles son los términos de la reforma operada por la Ley 5/2018.

Ante todo, hay que recordar que los fundamentos legales de la recuperación de la posesión se hallan en los arts. 446 y 441 del Código civil, así como en el 1968.1 del mismo cuerpo legal. Según el primero, «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen». Por su parte, el art. 441 del Código Civil establece una interdicción de la autotutela al prohibir cualquier forma de recuperación violenta de la posesión basada en la mera autoridad privada, de tal modo que «el que se crea con acción o derecho de privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente».

Aquel «auxilio» o aquellos «medios que las leyes de procedimientos establecen» no son otros que el juicio verbal, por medio del cual, en virtud del art. 250.1 de la LEC de 2000, se deciden las acciones que pretendan: (...) 2.ª «La recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en

precario, por el dueño, usufructuario o cualquier persona con derecho a poseer dicha finca»; (...) 4.^a «La tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute»; (...) 7.^a «Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación». Por último, la acción para recobrar o retener la posesión caduca por el transcurso de un año, conforme a los arts. 1968.1 CC y 439 LEC, que es precisamente el plazo de tiempo, transcurrido el cual, se pierde la posesión en virtud del art. 460.4 CC, quedando al perjudicado entonces la acción petitoria o reivindicatoria a través del juicio ordinario según el valor actual del inmueble.

Pues bien, un ágil desalojo de los ocupantes ilegales y un consiguiente rápido restablecimiento del despojado en la posesión del inmueble no se lograban ante todo por la endémica infradotación de los juzgados. Pero, además, había otras razones de índole técnica que abundaban también en la deficiente operatividad de los procedimientos por despojo o dirigidos al efectivo restablecimiento de la posesión: 1.^a La falta de un resorte procesal, como pudiera ser la existencia de un incidente específico, que resolviera con urgencia las ocupaciones ilegales y junto con él algún tipo de medida que procurara la tramitación de urgencia de esta clase de demandas para no dejar en saco roto la celeridad conseguida con aquel resorte procesal; y 2.^a La indebida utilización en la práctica forense del procedimiento de desahucio de precario, previsto en el art. 250.2 LEC, en las ocupaciones ilegales no consentidas.

Respecto a la deficiencia técnica que representa esa indebida utilización del desahucio por precario en los casos de ocupaciones ilegales no consentidas, había sido ésta justificada tradicionalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde su interpretación dada al art. 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁴, con fines sin duda prácticos, mediante el desarrollo de un concepto muy amplio de precario para nuestro ordenamiento jurídico, lo que le autorizaba a hacerlo seguramente la presencia tan parca que el precario tiene en éste. De hecho, sólo parece referirse al precario sin nombrarlo expresamente el art. 1750 CC⁵ en sede de comodato, lo que ha suscitado la

⁴ Art. 1565.3 LEC 1881: Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: (...) 3.º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.

⁵ Art. 1750 CC: Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

interpretación del precario como una modalidad de comodato sin que por ello deje de concebirse también como un mero estado posesorio⁶, y *expressis verbis* sólo figura el precario en alguna norma procesal como el art. 250.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil o en normas procesales precedentes.

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, el precario, institución procedente del Derecho Romano, tanto como mera situación posesoria como más tarde como contrato innominado, que en derecho justinianeo no se diferenciaría sustancialmente del comodato, se extiende a toda hipótesis de utilización gratuita de una cosa ajena, es decir, tanto cuando concurre el consentimiento del titular del inmueble como sin la concurrencia de dicho consentimiento⁷.

En muchas ocasiones el concepto amplio de precario ha servido estratégicamente para evitar la inadmisión de la demanda para la retención o recuperación de la posesión perdida ilegal e involuntariamente por causa de la caducidad de la acción posesoria, es decir, por el transcurso de un año desde el acto de la perturbación o despojo, conforme a los arts. 1968.1 CC y 439.1 LEC, o por la posibilidad de producirse dicha caducidad una vez entablada la acción, habida cuenta de que tal plazo al ser de caducidad y no de prescripción no se interrumpe, pudiéndose, además, apreciar la caducidad de oficio por el juez y en cualquier momento. Por otro lado, la asimilación al precario del fenómeno «okupa» (ocupación consentida/no consentida = precario) si por un lado facilitaba la recuperación de la posesión, por otro, también desdramatizaba de algún modo la situación de despojo posesorio que sufría la víctima en detrimento de ésta.

En fin, como concluye la Exposición de Motivos de la ley 5/2018, «ante la demanda creciente de respuestas ágiles y eficaces sin tener que recurrir a las penales, se plantea esta reforma en la que se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente previsto en el artículo 250.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante el procedimiento desarrollado en los artículos 437, 441 y 444 de la misma». Veamos seguidamente las novedades introducidas por la Ley 5/2018.

La Ley 5/2018 ha agilizado el desahucio de los ocupantes ilegales mediante la creación de un incidente especial. Dicho incidente precisa para activarse *ope legis* la concurrencia de dos presupuestos: 1.º La solicitud al órgano

⁶ Así lo hace la STS 300/2015, de 28 de mayo, que recoge la doctrina consolidada al respecto.

⁷ La STS 1022/2005, de 26 de diciembre de 2005, expone la doctrina consolidada en el Tribunal Supremo sobre la institución del precario: «disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella».

jurisdiccional por el demandante de la inmediata entrega de la posesión de la vivienda; y 2.º El acompañamiento a la demanda de título bastante para la acreditación de su derecho a poseer.

El incidente se inicia, conforme al nuevo art. 441.1 bis, con el propio decreto de admisión de la demanda mediante la simple inserción de un requerimiento dirigido a los ocupantes ilegales de aportación en el plazo de cinco días desde la notificación de la demanda de título justificativo de su situación posesoria, transcurrido el cual sin que los ocupantes hayan aportado justificación de su situación posesoria, la autoridad judicial ordena «la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante» mediante auto irrecurrible, concluyendo de este modo el incidente.

Es evidente que con esta sencilla e ingeniosa solución, con este «desalojo exprés», se consigue el propósito práctico de agilizar el desahucio de los ocupantes. Ahora bien, esa celeridad puede verse comprometida si el decreto de admisión de la demanda y la notificación de ésta sufren demoras por las vicisitudes propias del funcionamiento del juzgado en cuestión, como las debidas sin ir más lejos a cuestiones tan nimias como el reparto de asuntos entre los juzgados. Es más, debido a que el plazo de un año para el ejercicio de la acción posesoria es de caducidad y no de prescripción la acción, y con ella el desalojo, podrían quedar malogrados por las merítadas demoras.

Por otro lado, no se indica el plazo en que debe dictarse el auto de resolución del incidente. Da la impresión de que debe dictarse *incontinenti*, una vez transcurrido el plazo de los cinco días sin haber aportado el demandado justificación suficiente de su situación posesoria, pero lo cierto es que no está indicado con precisión. La demora en la emisión del auto igualmente puede malograr la operatividad del «desalojo exprés». Además, tampoco se precisa el tiempo que tiene el juzgador para decidir sobre la suficiencia de la justificación del título de haberse éste aportado. Por último, no se han arbitrado mecanismos que aseguren la tramitación de urgencia de este tipo de procesos, de lo que existen ejemplos en nuestro Derecho, como la declaración de urgencia de la actuación judicial a la que se refiere el art. 131.2 LEC⁸ o la declaración de preferencia de la vista relativa a causa criminal con preso, prevista en el art. 188.6 LEC⁹. En conclusión, la reforma no garantiza la celeridad del restablecimiento de la posesión.

⁸ Art. 131.2 LEC: Se considerarán urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial.

⁹ Art. 188.6 LEC: «(...) En este caso, tendrá preferencia la vista relativa a causa criminal con preso (...)».

Regresando a las virtudes de la reforma, también coadyuvan en principio a hacer más expeditivo el procedimiento los amplios términos en que aparece definida la legitimación pasiva, pues la demanda puede «dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes» de la vivienda, como reza el art. 437.3 bis, introducido por la Ley 5/2018, en contraste con la necesidad de identificación del demandado establecida para el juicio ordinario por el art. 399.1 LEC y el 437.1 LEC para el juicio verbal con carácter general. Asimismo, debe advertirse la flexibilidad adoptada respecto a la notificación de dicha demanda, pues basta con realizarla, como prevé el mismo artículo, «a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación»; o como dispone el nuevo art. 441.1 bis LEC: «la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquella (la vivienda)» y «se podrá hacer a los ignorados ocupantes de la vivienda». De esta manera, la reforma viene a admitir en las hipótesis de recuperación de la posesión del art. 250.4 LEC la viabilidad del emplazamiento a personas indeterminadas o inciertas.

En relación con el contenido de la vista en el juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión, la Ley 5/2018 en el nuevo art. 444.1 bis LEC limita el contenido posible de la oposición a la demanda a dos posibles alegaciones: «La existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda» y «la falta de título por parte del actor». En ambos casos debe tratarse de títulos sólo «suficientes», es decir, meramente indiciarios o aparentes de derechos, pues el juicio verbal no deja de ser con la reforma un proceso sumario y sigue manteniendo su misma estructura y características. Por último, la ejecución de la sentencia estimatoria podrá hacerse efectiva a solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días que el art. 548 LEC prevé con carácter general para el despacho de la ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o de mediación.

Si lo que se pretende es la recuperación del inmueble objeto de ocupación ilegal ya no es posible la utilización del juicio verbal por desahucio de precario conforme al art. 250.2 LEC, sino que necesariamente habrá de seguirse el art. 250.4; ni, al contrario, tampoco podrá utilizar un concedente de precario el «desalojo exprés» del precarista del art. 250.4. Esto comporta importantes consecuencias tanto en el plano jurídico teórico como práctico. Así, en el plano teórico, la recuperación del concepto de precario, propio del Derecho Romano y de la tradición histórica, pues la diferencia entre la situación posesoria consentida o precario de la no consentida u ocupación ilegal establecida en el plano procesal sólo se puede sustentar sobre la base de una diferencia conceptual en el plano sustantivo. Por ello, es de esperar que el Tribunal Supremo abandone

el concepto amplio de precario sostenido inveteradamente y lo reconduzca al concepto romano que lo limita a las situaciones posesorias consentidas.

En el plano práctico el art. 250.2 LEC se limitará en el futuro única y exclusivamente a los casos de cesión gratuita y consentida de inmuebles (*precarium*) y no a aquellos otros de ocupación de inmuebles sin consentimiento de su propietario o poseedor, los cuales se reconducirán por fin a la que fue su sede originaria: el art. 250.4 LEC y los precedentes históricos de éste.

Además de la reconducción de la institución del precario a su prístino sentido romano, existe otra institución jurídica histórica que recobra vigor con la reforma operada por la Ley 5/2018. Se trata del principio canónico de base romana *spoliatus ante omnia est restituendus*: «el despojado de la posesión debe ser ante todo restituido en ella». Diríase que con esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se reajustan ciertas normas procesales a la realidad socioeconómica mediante la recuperación *mutatis mutandis* de viejas instituciones jurídicas presentes en nuestra tradición histórica, es decir, «usando odres viejos para echar el vino nuevo»¹⁰.

Efectivamente, comparemos primero la situación del actor después y antes de la Ley 5/2018. Con la verificación del llamado «desalojo exprés», decretado por el auto que resuelve el incidente especial creado por la Ley 5/2018, se consigue por el actor la recuperación de la posesión de la vivienda objeto del juicio verbal, continuando dicho proceso su curso hasta llegar a la sentencia, la cual por tratarse de la posesión y no de la propiedad no producirá efectos de cosa juzgada, conforme al art. 447.2 LEC¹¹, y hasta llegar a la sentencia y durante el resto del proceso el actor gozará de la ventaja procesal que le reporta su condición de poseedor en relación con la carga de la prueba (*commodius est possidere potius quam petere*)¹². De la misma ventaja gozará en el caso en que, habiendo obtenido una sentencia estimatoria el actor en el juicio verbal, se entable acción petitoria contra él por el que había sido condenado en la acción posesoria, quien ahora actuaría como reivindicador o *petitor*, pues *melior est causa possidentis quam petentis*¹³, y *semper oneratur petitor*. Por qué razón es más ventajosa la posición del que tiene la cosa nos lo explican las Instituciones de Justiniano: «La ventaja de la posesión está en que aunque la cosa no sea del que posee, si el actor no pudiera probar que es suya, seguirá en

¹⁰ Expresión popularizada a partir de la parábola descrita en Mt. 9, 14-17; Mc. 2, 21-22; y Lc. 5, 33-39.

¹¹ Art. 447.2 LEC: «No producen efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios sobre tutela sumaria de la posesión (...)».

¹² I.4,15,4.

¹³ Principio general del Derecho de origen romano con base en Vlp. 70 *ed.* D.50,17,154. También recoge este principio Vlp. 73 *ed.* D.20,1,10: *melior est condicio possidentis*.

poder de aquél. Por esta razón cuando no está claro a cuál de las dos partes asiste el Derecho suele fallarse en contra del demandante ¹⁴.

Por su parte, la situación antes de la reforma de la Ley 5/2018 era que, al no existir el incidente especial para la recuperación, en su caso, de la posesión, el que había sufrido la ocupación no consentida de su vivienda no podía gozar en ningún caso de la condición ventajosa de poseedor y o bien tenía que esperar a que se dictara y ejecutara sentencia estimatoria de su pretensión en el juicio verbal, recayendo sobre él el *onus probandi* de su mejor derecho a poseer; o bien, en el supuesto de no haber obtenido un fallo estimatorio en el juicio verbal, tenía que desempeñar el rol procesal de actor en un futuro juicio petitorio, siendo aquí también mejor la causa o condición del demandado, es decir, la del que fuera a la sazón el ocupante no consentido de la vivienda, al seguir manteniendo ésta en su poder.

En este segundo caso se producía, además, la paradoja de que, habiendo perdido el juicio verbal el demandante y quedando la posesión del inmueble en manos del ocupante, la ocupación de la vivienda venía a ser una suerte de ejecución anticipada de la sentencia. Los decretistas ya advirtieron esta circunstancia y formularon el principio, según el cual, en caso de despojo posesorio de un inmueble no debe juzgarse el mejor derecho a poseer sin previa restitución de la posesión al despojado en todo caso, de modo que éste quede colocado de partida en mejor condición procesal que el despojante y no al contrario, lo que acontece cuando no hay restitución previa. La formulación del principio *spoliatus ante omnia est restituendus* tiene un origen ciertamente curioso pues no procede de una decretal auténtica sino apócrifa, como se verá después.

Pues bien, a través del incidente especial introducido por la Ley 5/2018 se coloca en mejor condición procesal al despojado que al ocupante no consentido. Pero si en derecho canónico el principio relativo a la restitución en la posesión del despojado se formuló en términos absolutos como revela el sintagma *ante omnia: spoliatus ante omnia est restituendus*, con la Ley 5/2018 se requiere, por una parte, que la restitución se decrete en auto dictado en incidente, cuya incoación a su vez precisa, como ya expuse, por un lado, que el demandante solicite la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, y, por otra, que el demandado no aporte título justificativo de su situación posesoria.

¹⁴ I.4,15,4: (...) *Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitozem iudicari solet* (...).

A falta de alguno de estos requisitos no se podría decretar válidamente el desalojo exprés, pero concurriendo ambos: *spoliatus est restituendus*.

La expeditiva restitución en la posesión en caso de despojo ya fue conocida en derecho romano, pero sería la modelada en la esfera del derecho canónico, formulada sobre la base del primero y concebida en origen sólo en relación con los bienes materiales y espirituales de los obispos, la que gozó de mayor éxito histórico y la que penetró en nuestro derecho común histórico. A diferencia de la romana la solución canónica se extendió a todo tipo de supuestos, a saber, tanto si el despojo era violento como si no lo era, tanto si la posesión se había iniciado con el consentimiento del concedente como sin él e independientemente del tipo de posesión, civil o natural.

Como es bien sabido, el derecho romano conoció la restitución en la posesión de inmuebles a través de los *interdicta recipiendae possessionis: interdictum de vi e interdictum de vi armata*, cuya fuente más insigne para la reconstrucción de sus fórmulas continúa siendo el diálogo *Pro Caecina* de Cicerón, pero sólo se podía recurrir a tales interdictos cuando, como indican los términos con que son designados, el despojo posesorio se había producido interviniendo violencia, tanto común (*quotidana*) como armada (*armata*). La diferencia entre uno y otro interdicto radica en que en el segundo no existe la *exceptio vitii*, de modo que quien actúa empleando *vis armata* nunca resulta favorecido por la orden interdictal ni siquiera cuando la posesión del interdictante fue obtenida *vi, clam* o *precario* respecto del interdictado. Constatado por el magistrado el hecho de la actuación violenta para el acceso a la posesión por parte del tenedor actual, el derecho pretorio daba respuesta por medio del interdicto restitutorio pertinente a la exigencia de derecho público de interdicción de la autotutela o de la toma de justicia por la propia mano, pues tal supone que quien administra justicia es juez y parte en la causa. Esta actuación del magistrado era de naturaleza administrativa, basada en su *imperium*, pues resolvía un problema puramente fáctico. No se concebían los interdictos en derecho romano clásico como acciones judiciales. No obstante, el cumplimiento de un interdicto desoído podía ser exigido judicialmente a instancia del interdictante y contra el interdictado por medio de una acción, una *actio ex interdicto* que originaba un complejo proceso judicial.

A diferencia de lo que acontece en el tiempo presente, en que existe una interdicción total de la autotutela respecto a la recuperación de la posesión de inmuebles por razones fundamentalmente de orden público, en tiempos de los interdictos de recuperar la posesión debido a la legitimidad de la autotutela o ejercicio de la autoridad privada (*vim vi repellere licet*) siempre que se ejercie-

ra proporcionalmente¹⁵ e inmediatamente (*incontinenti*) y no *ex intervallo* se habrían resuelto muchos casos y consiguientemente se habrían visto aliviados de trabajo los pretores. Legítima defensa se consideraba la recuperación de la posesión por el despojado cuando ésta se producía *ilico, in ipso congressu, confestim*¹⁶, es decir, «allí mismo» (en el mismo predio), «en el mismo instante de la perpetración del despojo», «inmediatamente».

Con la *cognitio extra ordinem* se produce la judicialización de los interdictos posesorios, de tal manera que el interdicto dejará de existir como institución con sustantividad propia y se convertirá en acción posesoria. Se conservaría, sin embargo, la denominación de *interdictum* por veneración a la costumbre, como acaeció con tantos otros *nomina* de instituciones, y pasaría a la tradición jurídica dicha nomenclatura. En el caso del derecho español se habló de «interdictos de retener y recobrar la posesión» hasta la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que sustituyó a la precedente de 1881, y fue cambiado el nombre por el de «tutela sumaria de la posesión», si bien en la práctica forense aún se sigue escuchando a menudo el término «interdicto». Pues bien, de la conversión del interdicto en acción dan testimonio expresamente las Instituciones de Justiniano al hablar de «los interdictos o de las acciones que se ejercitan en lugar de aquéllos»: *de interdictis seu actionibus quae pro his exercentur*¹⁷.

En tiempos de gran turbulencia social una constitución de Constantino I¹⁸ habría tenido como objetivo asegurar la eficacia de la tutela posesoria, al establecer que en caso de despojo violento de un inmueble y dentro del plazo de un año desde que éste aconteciera cualquier tipo de poseedor *nomine absentium*, incluso un esclavo, despojado de la posesión, pudiera impetrar de la autoridad judicial la restitución en la posesión interina, *possessio momentaria*, como si la acción posesoria la hubiese intentado el propio dueño: *ut eos momen-*

¹⁵ Como lo expresa una constitución de Diocleciano y Maximiano: C.8,4,1, a. 290: (...) *inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet*.

¹⁶ Iul. 48 dig. D.43,16,17; y Vlp. 69 ed. D.43,16,3,9.

¹⁷ I.4,15 pr.

¹⁸ CTh. 4,22,1, a. 326: *Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes (...) Nec eos, qui deiecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab expectando rei secludant, nec si servi sint eorum reiciant in iure personam, quia huiusmodi conditionis hominibus causas orare fas non sit, sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia quae supererunt ad discepcionem litigii immutata permaneant, iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri. Dat. X kal. novemb. Mediol(ano) Constantino A. VII et Constantio C. Conss.*

tariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset, creando así una suerte de panacea de la protección posesoria: el *interdictum/actio momentariae possessionis*¹⁹.

Un importante giro rigorista en esta materia de la tutela de la posesión se produjo merced a una constitución imperial de Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio de 389, de cuyo contenido tenemos información contrastada, pues nos ha llegado tanto directamente a través del Código de Justiniano²⁰ como indirectamente a través de sus Instituciones²¹. En virtud de dicha constitución se proscribió el uso de la violencia en el acceso a la posesión de inmuebles privados o del fisco hasta el punto de establecer graves sanciones patrimoniales a los infractores: en caso de ocupación violenta la pérdida de la propiedad del inmueble, si fuera del dominio del ocupante o, en caso de no serlo, la restitución de la posesión al despojado junto con su valor (*aestimatio*), sin perjuicio de quedar sujeto el que empleó violencia a las responsabilidades dispuestas en la ley julia sobre la violencia privada y la violencia pública, considerándose incurso en la primera quien expulsa a otro sin empleo de armas, y en la segunda quien empleó armas, entendidas éstas *lato sensu*: escudos, espadas, cascos, palos y piedras, pareciendo una enumeración *ad exemplum*, dada la variopinta naturaleza material de los objetos relacionados. La criminalización del uso de la violencia en el acceso a la posesión debió responder a la necesidad de poner coto a un clima social de extrema violencia y constituye ciertamente un giro modernizante del Derecho hacia la «tolerancia cero» al ejercicio de la autotutela violenta, incluso en los casos en que el sujeto activo goza de la titularidad dominical.

Esta constitución sólo afectó a los actos de ocupación de inmuebles con violencia armada pues para los casos de violencia común o sin armas se admi-

¹⁹ Sobre el llamado *interdictum momentariae possessionis* continua siendo, a pesar ya de su antigüedad, la obra más importante Malafosse, J., *L'interdit momentariae possessionis. Contribution a l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, Toulouse, 1947, reimpr. Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 1967. Véase también la recensión a esta obra hecha por LEMOSSE, M., en *RHD*, 28, 1951, 588-590.

²⁰ C.8,4,7, a. 389: *Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA.ad Messianum comitem rerum privatarum. Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur. D. XVII k. Iul. Treviris Timasio et Promoto cons.*

²¹ I.4,15,6: (...) *sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis eius est. dominio eius privatur, si aliena, post eius restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Iulia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. armorum' autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegimus, sed et fustes et lapides.*

tía la *exceptio vitii* en la acción posesoria, de modo que la prueba del dominio habría justificado la recuperación violenta frente al que rehusaba abandonar el inmueble ocupado, pues la resistencia a abandonar se entendía como posesión con vicio de violencia, e igualmente la prueba del dominio evidenciaba los vicios de clandestinidad o precario, es decir, de ocupación no consentida o consentida pero libremente revocable por el concedente.

En derecho justiniano se unificarán los *interdicta de vi non armata* y *de vi armata* bajo el régimen del segundo, del *interdictum de vi armata*, lo que significa que ningún tipo de violencia empleada en el acceso a la posesión de inmuebles, común o armada, quedaba impune o tolerada, ni se admitía ya a favor del poseedor interdictado la *exceptio vitii* por violencia, clandestinidad o precario, desapareciendo asimismo el plazo de un año para el ejercicio de la acción, propio del *interdictum de vi non armata*²². Esta unificación del régimen de las acciones para recuperar la posesión perdida violentamente supondría la extensión del edicto imperial de 389 a los casos de violencia sin armas, de modo que todo despojante violento quedaba sujeto al rigor de la citada constitución. Así, pues, respecto a la tutela de la posesión en caso de despojo violento, además de la irrogación de la sanción oportuna según el caso, se aplicaría en adelante la regla que siglos después sería enunciada como *spoliatus ante omnia est restituendus*.

Sobre la base del derecho justiniano los decretistas por un lado mitigaron el rigor con que eran sancionados los despojos violentos de la posesión de inmuebles y, por otro, extendieron el remedio procesal a los despojos no violentos y también a los de bienes muebles. Modernamente, de la misma manera que en el derecho canónico existe remedio civil para el despojo no violento pero el violento cae bajo la esfera del derecho penal, subsumible en el delito de usurpación en el caso de los bienes inmuebles.

El régimen canónico se resume en la máxima *spoliatus ante omnia est restituendus*, cuyo origen se encuentra en la llamada *Exceptio spolii*²³, en cuya virtud el obispo que había sido despojado de su cargo no podía ser sometido a juicio en tanto no se procediera a restituirlo en la posesión de todas las cosas de las que había sido despojado. Existe hoy consenso doctrinal sobre el origen apócrifo de la *Exceptio*. En concreto, la autoría de esta falsa decretal se atribuye a Pseudo Isidoro (Isidoro Mercator), el autor de una compilación de la que

²² I.4,15,6: *Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat.*

²³ Sobre esta figura véase por extenso MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarragona, 1972, 61 ss.

forma parte la decretal de la *Exceptio spoli*. Como ha sido definida²⁴, es la *Exceptio* una «institución de carácter meramente procesal en su forma y, en su fondo, no otra cosa que un privilegio político de los obispos». Una vez integrada en la tradición jurídica canónica como verdadera decretal, esta *Exceptio* dejó de ser un privilegio episcopal para extenderse no sólo a otros cargos eclesiásticos sino también a los individuos laicos. La *exceptio spoli* bien habría podido tener su origen en el derecho romano vulgar, pues una formulación análoga a la regla *spoliatus ante omnia est restituendus* es rastreable en el *Liber iudiciorum*, de carácter romano-vulgar, anterior a la falsa decretal de Pseudo Isidoro²⁵, de ahí que se trate de una muy probable regla romano-canónica.

Graciano incorporó la *Exceptio Spolii* como regla auténtica en su Decreto (*Concordia discordantium canonum*, 1142-1143), apareciendo en el canon *Redintegranda*²⁶, en cuya virtud antes de formular acusación contra un obispo o de comparecer éste formalmente ante el tribunal episcopal (*vocatio ad synodum*) debía restituírsele todo aquello de cuya posesión había sido despojado ya fueran bienes propios o eclesiásticos. Sin tal reintegración no podía celebrarse el juicio. Se trataba, pues, de una excepción procesal pero con la particularidad de que era apreciada *ope iudicis*, de ahí que constituyera un privilegio, una suerte de «privilegio procesal» con fundamento exclusivo en la condición eclesiástica del individuo, en el título del poseedor, de modo que no se protege aquí en realidad al poseedor sino al obispo poseedor. Sólo a partir de la generalización de la norma puede hablarse realmente de tutela posesoria.

Con la decretal *Saepe contingit*, procedente del canon 39 del IV Concilio de Letrán (1215), bajo Inocencio III²⁷, se produce la transformación de la *exceptio spoli* en *actio spoli*²⁸. El nuevo remedio, además de naturaleza de

²⁴ Por MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus*, cit., 63.

²⁵ LI. 5, 7, 5: *Si quis homini ingenuo vel liberto aliquid tulerit, et postea eum sibi voluerit servum addicere: prius reddat quod tulit, et sic de eius conditione contendat.*

²⁶ D.2 C.3; q.1 c.3: *Redintegranda sunt omnia spoliatis, vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione Pontificum, et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per cuascunque iniustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua.*

²⁷ X. 2, 13, 18: *Saepe contingit, quod spoliatus 'iniuste' per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris, proprietatis amittit effectum. Unde non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit 'praesertim, quoad periculum animae, iniuste detinere, ac invadere alienum) contra possessorem huiusmodi, spoliato per restitutionis beneficium succurratur.*

²⁸ Sobre esta acción es de obligada referencia la obra de RUFFINI, F., *L'actio spoli*. *Studio storico-giuridico*, Torino, 1889, reimpr., Roma, «L'Erma di Bretschneider, 1972. Véase también la reciente contribución de WIMMER, M., «Zur actio spoli – Condictio ex c Redintegranda, Dekretale Saepe contingit und condictio possessionis», en *Österreichisches Archiv für Recht & Religion*, 2017, 676-691.

acción, se concede al que ha sufrido un despojo posesorio, tanto si es poseedor civil o natural sin limitaciones, con la salvedad de que dicho poseedor o tenedor hubiese sido previamente despojante de quien le despojó. Esta extensión de la legitimación activa a la acción de despojo al mero tenedor distingue la solución canónica de la romana, pues los *interdicta de vi* la circunscribían a los llamados «poseedores interdictales», y es la que ha llegado al moderno derecho procesal, tanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 1651), como a la de 2000 (art. 250.4). En cambio, para el plazo de ejercicio de la acción el derecho procesal español se ha mantenido fiel al plazo romano de un año (art. 1653 LEC 1881; 439.1 LEC 2000 y 1968.1 CC), aplicable desde los tiempos de los interdictos clásicos *de vi* y *de vi armata*, mientras que a la *actio spoli* se aplicó el plazo común a las demás acciones.

Por lo demás, presenta la decretal *Saepe contingit* una importante novedad en relación con la legitimación pasiva a la acción posesoria. En efecto, no sólo es ejercitable la acción de despojo contra el despojante sino contra cualquier poseedor a quien le haya sido trasladada la posesión del inmueble usurpado, siempre eso sí que éste fuere sabedor (*scienter*) de la condición de usurpada de la *res*. Esta decretal amplía, pues, no sólo la legitimación activa sino también la legitimación pasiva del *interdictum de vi*, ya que éste la limitaba al despojante, superando así el *rigor iuris civilis* y mejorando sin duda la posición del despojado ante la usurpación sufrida. Pero frente a la acción de despojo se admitieron por los decretalistas una *exceptio furti* y una *exceptio dominii* a favor del despojante²⁹ cuando el despojo era, en el primer caso, producto de un hurto manifiesto, admitiéndose incluso que el despojo se pudiera verificar en tal supuesto lícitamente *ex intervallo*; y, en el segundo caso, cuando no existía duda sobre la titularidad dominical del despojante, siempre que éste no hubiese actuado con *violentia atrox* con el despojado. Efecto inevitable de la *exceptio dominii* es una mixtificación de juicio posesorio y juicio petitorio, lo que priva de entidad teórica al primero.

Respecto a la recepción de la tradición romano-canónica en materia de despojo en el derecho civil común español, recogen la constitución de Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio de 389 el Fuero Juzgo³⁰, el Fuero Real³¹, las

²⁹ MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus*, cit., 73 ss. La existencia de estas excepciones a la regla procesal *spoliatus ante omnia est restituendus* junto con otras muchas constituye la tesis central del autor.

³⁰ FJ. 8,1,2: *Quien echa á otro omne por fuerza de lo suio, ante que el iudicio sea dado, pierda toda la demanda, maguer que aya buena razón. E aquel que fue forzado, reciba su posesión, et todo lo suyo que tenía entréguelo en paz á qui toma por fuerza la cosa que non puede vencer por iudicio, pierda lo que demanda, y entregue al tanto á aquel que fue forzado.*

³¹ FR. 4,4,4: *Si algun home entráre, ó tomáre por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro ó en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y habie, piérdalo: ó si derecho y no habie, entréguelo con otro*

Siete Partidas³² y la Novísima Recopilación³³. De este modo, una suerte de régimen criminalizado del despojo violento de la posesión queda sancionado en los códigos históricos con la pérdida de la propiedad en favor del despojado en caso de que el despojante tuviere la titularidad dominical del inmueble o con el pago de su «valía» al despojado en caso de no ser dueño. Se puede ejercitar el interdicto o acción de despojo contra todo despojante, incluso dueño del inmueble, y también contra quien ordenó el despojo si no es el mismo que el que lo perpetró y contra el que recibió la posesión del inmueble a sabiendas del despojo³⁴. Asimismo, a quien demanda la posesión de un inmueble se le puede oponer una *exceptio spoli* por el demandado que alega haber sufrido un despojo previo del actor³⁵.

Respecto al despojo no violento o clandestino, la situación antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 es la siguiente: habiendo recibido el juez información sobre el hecho del despojo y su autoría, así como la condición de despojado del reclamante, se procedía a la restitución de la posesión, quedando al despojante el derecho a reclamar en el juicio plenario correspondiente, pues no causaba estado el fallo de restitución. El *Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo á la real jurisdicción ordinaria* de 1835 disponía en su art. 44 que «toda persona que fuere despojada ò perturbada en la posesión de alguna cosa profana ò espiritual; sea lego, eclesiástico ò militar el despojante ò perturbador, podrá acudir al juez letrado de primera instancia del partido o distrito para que la restituya y ampare; y dicho juez conocerá de estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda (...)». Se aplicaba, pues, la regla *spoliatus est restituendus*; restituir o amparar es el objeto del juicio «sumarísimo». Asimismo, en la mención separada de legos y eclesiásticos se advierte la impronta de la vieja disposición canónica.

La LEC de 1855, que reguló el «interdicto de recobrar la posesión» en sus arts. 724 a 737, evocando la vieja figura romana del *interdictum*, aunque se

tanto de lo suyo, ó con la valia, á aquel á quien lo forzó: mas si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz demandegelo por el Fuero.

³² SP. 7.10.10: *Entrando ó tomando alguno por fuerza por sí mismo sin mandado del judgador cosa agra, quier sea mueble ó raíz, decimos que si derecho ó señorío alguno habia en aquella cosa que asi tomó, que lo debe perder: et si derecho nin señorío non habie en ella, debe pechar á aquel á quien la tomó ó la entró tanto quanto valie la cosa forzada: et demás débelo entregar della con todos los frutos et esquilmos que ende levó (...).*

³³ NR. 11,34,1: *Si alguno entrare ó tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algun derecho ahí había, piérdalo; y si derecho ahí no había, entréguelo con otro tanto de los suyo, ó con la valia, á aquel á quien lo forzó: mas si alguno entiende, que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro ó en paz, demándelo.*

³⁴ SP. 3, 2, 30.

³⁵ SP. 3, 10, 5.

tratará realmente de una acción, permitió al despojado pedir la reposición en la posesión con o sin audiencia del despojante y debiendo en el segundo caso obligatoriamente prestar fianza para responder de los eventuales perjuicios que pudieran resultar de la restitución³⁶, exigencia establecida en previsión de que pidiera el interdicto quien no se hallaba realmente en la tenencia del inmueble. Así, pues, se aplicaba la regla *spoliatus est restituendus* cuando el demandante, habiendo informado al juez de que se hallaba en posesión o tenencia de un inmueble y de que había sido despojado de él designando al autor del despojo, solicitaba la reposición en la posesión y prestaba fianza. Faltando alguno de estos requisitos, una vez ofrecidas las informaciones por el actor, el juez convocaba a ambas partes a juicio verbal para dirimir la controversia sobre la posesión y debía pronunciar sentencia en el plazo de veinticuatro horas³⁷, debiéndose verificar la restitución de la posesión en caso de sentencia condenatoria aunque ésta fuera apelada³⁸. La sentencia era, pues, ejecutiva sin embargo de apelación, siguiéndose de este modo el criterio establecido en el artículo 66 del Reglamento provisional de 1835.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que disciplinaba conjuntamente el interdicto de retener y recobrar la posesión en sus artículos 1651 a 1662 y lo implementaba igualmente a través del juicio verbal, dejará de aplicar en rigor la regla *spoliatus est restituendus*, pues la reposición en la posesión procedía sólo merced a la sentencia definitiva que declaraba haber lugar al interdicto³⁹ y no con anterioridad, pues se suprimía la posibilidad de obtener la restitución de la posesión antes de la sentencia previa prestación de fianza o de cualquier otro modo. Es más en caso de apelación de la sentencia dicha apelación era admitida en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, de modo que no procedía la ejecución de la sentencia, es decir, la restitución de la posesión, sino en caso de sentencia firme confirmatoria⁴⁰. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no modifica en este punto el régimen procesal de modo que no hay previsión de restitución en la posesión y lanzamiento del demandado ocupante del inmueble con anterioridad a la sentencia declarativa de haber lugar a la tutela sumaria de la posesión⁴¹.

³⁶ Art. 724 LEC 1855.

³⁷ Art. 734 LEC 1855.

³⁸ Art. 736 LEC 1855.

³⁹ Art. 1658.2.º LEC 1881: En la sentencia que declare haber lugar el interdicto por haber sido despojado el demandante de la posesión o de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella, y se condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibido.

⁴⁰ Arts. 1659 y 1660 LEC 1881.

⁴¹ Art. 447 LEC 2000.

En fin, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 por la ley 5/2018 y merced al incidente incorporado al juicio verbal conducente al «desalojo exprés» se ha recuperado inopinadamente la aplicación de la regla romano-canónica *spoliatus est restituendus* con una extensión y un sentido equiparables a los que tenía incluso antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, si bien no *ante omnia*, como decía la vieja regla medieval, ya que la restitución no es automática ni operativa en todo caso pues se han de cumplir ciertos presupuestos. Si se dieran las condiciones óptimas de tiempo dicha regla, en el modo en que ha sido implementada por la ley 5/2018, podría satisfacer con la rapidez ansiada por el justiciable tanto el interés privado del despojado en desalojar al ocupante y recuperar la vivienda o inmueble como el mantenimiento del orden público, esto es, los fines privado y público, propios de la tutela sumaria de la posesión.

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CIVIL ROMANO

The consistency (congruence) of the judgement in Roman civil-law procedure

MARÍA OLGA GIL GARCÍA
Universidad de Burgos

Resumen: En este estudio situamos el origen de la congruencia de la sentencia en los procedimientos de Derecho romano, el *ordo iudiciorum privatorum*, y la *cognitio extra ordinem*, y sus parecidos con el concepto vigente, señalando especialmente las consecuencias de la sentencia incongruente para el juzgador y la aplicación o no del cuasidelito *litem suam facere*.

Palabras clave: Congruencia, *litem suam facere*, *iurare sibi non liquere*, responsabilidad del juez.

Abstract: In this study, we situate the origin of the consistency (congruence) of the judgement in the procedures of Roman Law, *ordo iudiciorum privatorum*, and *cognitio extra ordinem*, and their similarities with the current concept, pointing especially to the consequences of the inconsistent judgement for the courts and the application or otherwise of the quasi-offense *litem suam facere*.

Keywords: Consistency, congruence, *litem suam facere*, *iurare sibi non liquere*, responsibility of the court.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Concepto. III.–Reconocimiento implícito de la congruencia en las fuentes jurídicas romanas: evolución en sus distintos sistemas procesales. III.1–En el *Ordo iudiciorum privatorum* a) *Legis actiones*. b) Procedimiento formulario. c) Responsabilidad por incongruencia: *litem suam facere*. III.2–*Cognitio extra ordinem*. a) Relación de la congruencia con la

motivación. b) *Appellatio*. IV.—Breve sinopsis de su evolución posterior: a) Fuero Juzgo. b) Fuero Real. c) Espéculo. d) Partidas. e) Nueva y Novísima Recopilación. f) Codificación en las leyes de enjuiciamiento civil. V.—Breve referencia a la Constitución española de 1978. VI.—Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La congruencia procesal es un requisito interno de la sentencia que relaciona lo solicitado por las partes procesales en un pleito y lo que finalmente otorga el juez en su fallo. El objetivo de este estudio es ver como se ha ido conformando esta cualidad de la sentencia, desde prácticamente su inexistencia, hasta su construcción doctrinal actual con base principalmente en el proceso romano. Para ello hemos utilizado las fuentes y observado como en la *cognitio extra ordinem*, ya se aplican criterios de incongruencia similares a los actuales. Hemos partido del concepto y de su reconocimiento implícito en los distintos sistemas procesales romanos, que llegan a aplicarla aún sin referir su nombre, incluyendo la diferente responsabilidad del juez ante una resolución incongruente, para seguir revisando su incorporación tanto en la Recepción como en la Codificación finalizando con su anclaje en nuestra Constitución de 1978.

II. CONCEPTO

La sentencia civil es el acto procesal por excelencia, aquél por el que el Derecho se hace vivo al aplicarse al caso concreto. Ese pronunciamiento será la consecuencia del razonamiento lógico y volitivo del juzgador. El juez debe estimar tanto los hechos como el derecho aplicable y con todo ello, concluir cual será el fallo de su resolución. La correlación entre lo pedido por los actantes y lo resuelto por el juez será la congruencia.

La doctrina romanista rara vez se refiere de forma concreta al término congruencia, por tanto no suele definirla, una excepción será el concepto que nos brinda Murillo quien entiende por sentencia congruente, aquella que adecúa las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial¹.

La congruencia tradicionalmente, se une y se estudia junto a la motivación y esto es así porque ambas se relacionan con la decisión última del proce-

¹ MURILLO VILLAR, A., La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho* n.º 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995, p.11.

so, la congruencia con la decisión de acceder o no a la petición y la motivación con su porqué. En este sentido el Derecho romano lo primero que nos muestra es que, si atendemos a la cronología histórica, la sentencia será primero congruente y más tarde, motivada explícitamente². Indudablemente, el juez cuando decide, lo hace motivado por algo, pero la obligación jurídica de explicar expresamente su voluntad es posterior. Si bien, tanto la congruencia como la motivación manifestada por el juzgador, serán fundamentales para poder recurrir la decisión y armar una buena defensa. Si se carece de motivación la indefensión es clara puesto que no se pueden romper los razonamientos del juez que le han llevado a condenar y proponer otra solución que cambie el sentido de esa sentencia recurrida.

La necesidad de congruencia obedece a que la conclusión definitiva del proceso no puede ser arbitraria, para evitarlo el órgano decisor está sujeto y obligado, a responder únicamente a las pretensiones planteadas por las partes, centradas en los hechos que resulten probados, «*da mihi factum, dabo tibi ius*». El efecto principal será, que sobre estas pretensiones y con esos actores tampoco se puede volver a entablar nuevo juicio, es decir, la extensión del efecto *res iudicata*³ ya presente en los procesos romanos.

Los hechos como presupuesto de la congruencia son esenciales para el contenido de la sentencia que además cuenta con un contenido fáctico y otro jurídico, pues bien, la congruencia se centra en el primero, es decir, en los hechos que prueban la pretensión y que condicionan el fallo. Y esto es así, porque el juez no está sujeto al derecho alegado, dado que, si se afirma un contenido jurídico inadecuado, el juzgador puede mudarlo directamente por el correcto y adaptable al caso concreto, en aplicación del principio *iura novit curia*. Como advierte Talamanca⁴, rige este principio aunque no esté abiertamente formulado. Así, cuando las cuestiones eran complejas, el juez, que era

² Respecto a la motivación véase MURILLO VILLAR, A., op. cit. pp. 11 y ss., también del mismo autor: Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español. *Teoría e storia del diritto privato*, 2012, pp. 8 ss. Concretamente en la primera obra citada p. 45 advierte que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, negarla en la *cognitio* oficial, es minusvalorar la técnica procesal romana. Añade que, según las fuentes, hasta el siglo III d. C. no encontramos ni juristas, ni constituciones, que expongan o recojan cuestiones acerca de las sentencias motivadas y su exigibilidad. Será a partir del siglo IV, según CTh.4.17.2 y C.7.44.2, cuando pasará a ser una exigencia formal. Ni siquiera una vez obligatoria la motivación se mantiene en el tiempo, así en la Novísima Recopilación de las leyes de España T. V. Libro XI, título XVI, Ley VIII, Don Carlos II, por Real Cédula de 23 de junio de 1778 obliga a que cese la práctica de motivar las sentencias y extenderlas en latín. También en ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber de motivar las sentencias, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, n.º 4, pp. 899 ss.

³ MODESTINO en D. 42. 1. 1. *Res iudicata dicitur, quae finem controversiam pronuntiatione iudicis accipit*.

⁴ TALAMANCA, M., *Instituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 354.

lego, era socorrido por los *responsa prudentium* y por los *rescripta* del emperador que le perfeccionaban en estos aspectos. También lo confirma D.49.8.1.2 cuando señala que, si se juzga contra las sacras constituciones, es decir, contra derecho, se permite la apelación; o en C.7.64.2, cuando se advierte que el juez debe decidir *secundum leges*, lo contrario se corrige con la emisión de una sentencia sin fuerza vinculante. Por todo lo anterior, la coherencia se refiere al contenido fáctico del proceso, sobre él recaerá la prueba, y consecuencia de lo probado deberá resultar una decisión congruente.

Otra dificultad añadida a la posible definición de congruencia en Derecho romano resulta de la propia existencia de dos sistemas procesales con tres procedimientos, en los que no siempre podremos entender que hay sentencias congruentes, como sucederá en los más antiguos, aunque poco a poco se vaya conformando un concepto de congruencia similar al actual.

Quizá esta circunstancia haga que hoy día, con un único proceso civil, este concepto sea mucho más claro tanto doctrinalmente, como jurídicamente. Doctrinalmente, sabemos que la sentencia debe ser congruente y estar motivada⁵, puesto que es un acto personal del juez, no libérrimo⁶, sino condicionado por la función que desempeña: decidir de forma definitiva, sobre las cuestiones que en exclusiva se han planteado en ese pleito civil por las partes procesales. Será en Derecho procesal dónde encontramos múltiples definiciones de ella. Sirvan como ejemplos los siguientes: la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso⁷; la correlación que debe existir entre la pretensión procesal y, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la sentencia⁸; a *sensu contrario* se habla de la falta de adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución judicial⁹; o conformación de la sentencia al pedimento¹⁰, entre otras. La congruencia se concibe, por tanto, como un principio procesal, incluido dentro del debido proceso, como un límite al poder discrecional del juez. La incongruencia incluso, en sus supuestos más graves, puede estar

⁵ MURILLO VILLAR, A., La motivación..., cit., p. 11, ya advierte que actualmente, en cualquier sistema procesal mínimamente desarrollado, se exige que toda sentencia, además del fallo o parte dispositiva, reúna dos requisitos fundamentales: que sea congruente y que esté motivada.

⁶ RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 13 y 14.

⁷ GUASP-ARAGONESES, J., *Derecho Procesal Civil*, T. I. Madrid, Thomson, 2005, p. 540.

⁸ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 348

⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Incongruencia civil y penal» en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 395, 397.

¹⁰ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción», *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Revista de Derecho privado*. Barcelona, 1969, p. 288.

relacionada, como ya hemos advertido, con la arbitrariedad, serán aquellos casos en los que el juez excede su potestad, bien porque éste concede más o diferente de lo pedido, menos, o dicta una resolución que en sí misma es contradictoria.

Por otro lado, jurídicamente, su regulación en nuestra legislación española descansa en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que es bastante descriptivo, primero se refiere al concepto ¹¹, seguido hace una referencia al *iura novit curia* ¹²⁻¹³, en su punto segundo alude a la motivación ¹⁴, finalizando con una referencia a la exhaustividad de la sentencia ¹⁵.

Advertir que se aplica tanto en las sentencias civiles como penales, es obvio puesto que conforma parte de los requisitos internos de la sentencia, si bien nosotros centramos nuestro estudio en el proceso civil, dado que es en el

¹¹ «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

¹² «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

¹³ Actualmente el principio *iura novit curia* comporta que el derecho alegado por la parte no obliga al juzgador a efectos de congruencia, siempre que no modifique la *causa petendi*, lo contrario STA TC 166/2006 de 5 de junio, sería dictar resolución sin debate. Según esta sentencia del TC, FJ 5, concurre una incongruencia omisiva y una incongruencia *extra petitum*, aplicándose por parte de este Tribunal los cánones de enjuiciamiento aplicados a esos dos tipos de incongruencia. «Sobre el vicio de incongruencia con relevancia constitucional numerosas resoluciones de este Tribunal han configurado un cuerpo de doctrina, según el cual «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum* –. Cifándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* »» (SSTC 264/2005, 24 de octubre, F. 2, y 40/2006, de 13 de febrero, F. 2). Incluso jurisprudencia constitucional referida a la ley de Enjuiciamiento anterior como la STA TC 20 de mayo de 1991, también nos advierte de que «los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos... Sin que ello suponga incongruencia procesal alguna».

¹⁴ «2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

¹⁵ «3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

que rige el principio dispositivo y de aportación de parte, esencialmente unidos a la congruencia¹⁶.

En este contexto se dicta la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil 23 de diciembre de 2015 que prohíbe las cláusulas suelo, dentro de la aplicación de las normas comunitarias que se han dictado para tutelar los derechos de consumidores y usuarios en el ámbito del derecho bancario. Sentencia que guarda relación con otras¹⁷ que están revisando el contrato de préstamo hipotecario suscrito para garantizar la compra de vivienda, y fundamentalmente la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que incluso han dado lugar a que el legislador impulsara una nueva normativa hipotecaria nacional, la ley de los contratos de crédito inmobiliario ley 5/19 de 15 de marzo.

En esta sentencia del 2015, se trata, entre otras cosas, en su fundamento jurídico segundo, precisamente de lo que a nosotros nos atañe: la congruencia y para ello, refiere el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta resolución se fija en los principios de justicia rogada e incongruencia por alteración de la *causa petendi*. Según dice el órgano juzgador, el motivo se concreta en que, en la demanda, la razón de pedir la nulidad de la cláusula suelo se centraba en un pretendido desequilibrio entre las partes y, sin embargo, la condena se ha basado en una falta de transparencia de aquélla. Este cambio se justifica por la Sala basándose en que este aspecto ha sido ya resuelto por ella en el auto de 6 de noviembre de 2013¹⁸.

En aquella resolución del 2013 se establecía que «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de un eventual abuso de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».

¹⁶ El estudio se centra en el proceso civil, en el proceso penal también es aplicable el principio porque el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no menciona la congruencia de forma expresa por lo que se aplica de forma supletoria la ley civil, pero dados los principios procesales y el propio proceso penal su contenido es diferente al civil y no es objeto de este estudio.

¹⁷ En este sentido las principales sentencias son la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

¹⁸ En esa sentencia se resolvía el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra una sentencia del Pleno n.º 241/2013, de 9 de mayo.

El auto recordó que la «correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo «*iura novit curia*» [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio)».

Según nuestro Derecho vigente y nuestra jurisprudencia, la congruencia supone la correlación, no mimética, entre lo que han sido las pretensiones de las partes y el fallo, y puede ser congruente una sentencia que resuelva algo diferente a lo solicitado, si ambas partes han podido expresarse y alegar lo que a su derecho convenga, sin suponer una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión¹⁹. El Tribunal Constitucional en sentencia 9/1998 de 13 de enero llega a precisar que la falta de congruencia incluso puede causar una lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestro Texto constitucional. Veamos si en Derecho romano se comparte este contenido respecto a la congruencia para así, como dice Murillo poder aportar al jurista de derecho positivo, principios y contenidos, que le permitan criticar, y analizar con profundidad las soluciones que se han dado a lo largo del tiempo²⁰.

III. RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE LA CONGRUENCIA EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS: EVOLUCIÓN EN SUS DISTINTOS SISTEMAS PROCESALES

Los romanistas, cuando estudian la sentencia, ya hemos señalado que no se refieren expresamente a la congruencia con este término. Su referencia es

¹⁹ Según la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2016, una sentencia será incongruente por infracción de sus normas reguladoras por concederse lo no pedido. Otra sentencia de la Sala I de 19 de febrero de 2016 del mismo Tribunal también se refiere a la necesidad de no volver a analizar cuestiones que no han sido objeto de recurso de apelación ni en el escrito de oposición al mismo por haber quedado firmes sin impugnación.

²⁰ MURILLO VILLAR, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI, Santiago de Compostela, Andavira, 2018, pp. 161, 163. El Derecho romano también tiene su reflejo en estos conceptos jurídicos procesales, y puede aportar en la construcción de un nuevo derecho común europeo, y es útil, puesto que como añade Murillo, Europa no se va a inventar ningún ordenamiento *stricto sensu*, sino que va a partir de aquellas regulaciones comunes y tradicionales.

implícita y la aproximación a su concepto viene dada del análisis de expresiones como éstas: principio de fidelidad de la fórmula²¹; dar sentencia conforme a los términos de la fórmula procesal²²; la sentencia debe ajustarse, en cuanto a su contenido al programa procesal²³; el juez está estrechamente unido a los términos de la controversia, a los *concepta verba* de la fórmula²⁴..., todas ellas expresiones relacionadas con la congruencia básicamente en el procedimiento formulario. Esto nos hace pensar, que indudablemente, se ha estudiado la congruencia por los romanistas, pero sin reparar en ello, así es curioso ver como estudios y textos jurídicos romanos sobre la responsabilidad del *iudex*, sobre la motivación de la sentencia romana, o sobre el mismo principio de *litem suam facere* tienen otra lectura desde la congruencia. Pasemos a analizar esta coherencia procesal con más detalle, en los distintos sistemas romanos.

III.1 En el *ordo iudiciorum privatorum*

En el *ordo iudiciorum privatorum* tenemos que referir que son muchas las dificultades para encontrar fuentes fiables de las cuales colegir la cuestión que nos ocupa, es decir, esa correspondencia entre lo pedido y lo referido en la sentencia.

a) *Legis actiones*

La primera y fundamental dificultad con la que nos encontramos, es que este procedimiento era eminentemente oral²⁵ por lo que no lo conocemos con detalle, y resulta muy arduo apreciar la existencia de congruencia en la sentencia. Sabemos que las partes debían estar presentes, que debían pronunciar sus

²¹ Sirva como ejemplo PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 179 dice el autor que la sentencia se debe ajustar exactamente a la fórmula, a lo que en ella figura sin poder corregir cualquier posible error y sigue explicando casos de congruencia, como en el caso de que se pida más de lo debido, *plus petitio*, al no resultar probada en su totalidad la pretensión del actor, deberá, necesariamente absolver, y en cita pone ejemplos referidos a cantidad, peticiones de obligaciones alternativas en las que se exigen ambas en vez de una sola,... casos en los que el actor pierde el litigio y la posibilidad de entablar otro; y en cambio indica como tratándose de *minus petitio*, el actor puede reclamar el resto.

²² D'ORS, A., *Litem suam facere*, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis. 1982, p. 370.

²³ KASER M., *Derecho romano privado*, Madrid, ed. Reus, trad. esp., 2.º ed, 1982, p. 378.

²⁴ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 333.

²⁵ Por todos, TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 296-298, ya indica el conocimiento escaso del proceso de las *legis actiones* tanto en sus fases *in iure* como *apud iudicem*. Tampoco se conoce mucho sobre la sentencia en este procedimiento.

pretensiones con gran precisión y a este respecto, ya Gayo, en Instituciones 4.11 advierte que, en las acciones de ley, el reclamar sin fidelidad a la acción, puede dar al traste con la petición. Da el conocido ejemplo en el que se reclaman unas cepas cortadas, alegando una acción de las XII Tablas que se refiere a árboles cortados, por la que el demandante solicita ser resarcido, pero como en su petición relata cepas y no árboles cortados pierde la cosa reclamada. El *iudex* no tiene ninguna facultad ni siquiera para adecuar el lenguaje de lo pretendido, que debe coincidir exactamente con la acción de petición. Esta rigidez en la primera fase del proceso nos hace pensar que el juez carecía de toda discrecionalidad a la hora de decidir. Lo sentenciado son decisiones puramente declarativas y orales, por ejemplo en la *legis actio per sacramentum in rem*, la verdadera cuestión litigiosa quedaba como algo secundario e implícito, tras la complicada ceremonia del *sacramentum*²⁶. De ahí que, en términos de congruencia, no podamos concluir su exigencia.

Mientras hoy se discute si la congruencia puede entenderse como requisito interno de la sentencia o como principio del proceso, ya se considere autónomo o se estime derivación del principio dispositivo²⁷, desde el Derecho romano podemos indicar que si nos atenemos a su origen, la congruencia no es un requisito autónomo de la sentencia, al menos en las *legis actiones*. Más adelante, con la inclusión de un principio dispositivo más consolidado, así como con la aplicación del principio contradictorio y de aportación de parte, sí se exigirá congruencia interna, si bien nunca expresamente.

b) *Procedimiento formulario*

De la bipartición del proceso en el procedimiento formulario se infiere la existencia o inexistencia de congruencia en las sentencias, puesto que tenemos dos puntos neurálgicos, íntimamente relacionados, que nos sirven a este propósito: la *litis constestatio* al final de la fase *in iure* y la sentencia de la fase *apud iudem*. Así, el juez en la fórmula, en ese breve escrito, bien en la *condemnatio*, bien en la *adiudicatio*, deja predeterminada la cuestión del litigio y determina el contenido de la futura sentencia que el *iudex privatus* dictará. Desde ese momento, queda inalterable quiénes son los litigantes, su legitimación o interés en el

²⁶ MURGA GENER, J. L., *Derecho Romano Clásico, II. El Proceso*, 2.º ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983, p. 141.

²⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la congruencia de la sentencia civil. Sobre la congruencia de la sentencia civil y penal. Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980, p. 591.

pleito, la cosa o la cuantía litigiosa reclamada, el fundamento jurídico o *causa petendi* y por supuesto, el *iudex* elegido. Es decir, se observan los requisitos de congruencia subjetivos y objetivos: correlación en cuanto a las partes procesales, pues la sentencia no se va a poder imponer a sujetos fuera de la relación procesal *sub iudice*; y respecto al objeto del proceso, se decidirá sobre la prestación aducida, la relación jurídica, o el acto o negocio jurídico tratado, y no otro.

Esta fijación de los términos conduce a diferentes consecuencias²⁸, primero, que el juez sólo puede afectar en su sentencia a estos litigantes o sus representantes²⁹; que lo será respecto a la cosa litigiosa o la cuantía pecuniaria solicitada, así, si esta era cierta el juez se debe atener a esa petición, aun a riesgo de que haya cambio de valor posterior a la *litis contestatio* y antes de la sentencia; que en la *litis* se añada la contestación del demandado, y que con todos estos elementos quede fijado el litigio, es decir, la *causa petendi*, puesto que posteriormente, por la regla de *ne bis in ídem*, no cabe otro pleito con los mismos sujetos, objeto y causa de pedir, estamos ante una *res iudicata*. Como bien dice Talamanca, el contenido de la sentencia venía predeterminado de forma más o menos precisa en la *condemnatio*, es más, añade que sólo esa parte de la fórmula será sobre la que la voluntad de las partes y *el iussum iudicandi* del magistrado otorguen poder al *iudex* para condenar o absolver, «*qua iudici condemnandi absolvendive potestata permittitur*»³⁰. En este procedimiento «la ley para el juez era la fórmula»³¹.

En D.10.3.18, explica Javoleno que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio. Y es un deber tal, que la falta de congruencia se penaliza, así por ejemplo cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez decide más o menos de esa cantidad, *litem suam facere*, (Gayo 4,50 y 52). Igual sucede cuando el pretor hubiere señalado una *taxatio*³² y el juez desobedece la cláusula *dumtaxat sestertium decem milia condemnato* (Gayo 4,51 y 52). Por tanto, no sentenciar conforme al tenor de la fórmula supone que

²⁸ MURGA GENER, J. L., *op. cit.*, p. 299 y ss.

²⁹ El *Procurator*, que había sido incluido en la fórmula será quien después aparecerá en sentencia y el llamado a ejecutarla por la *actio iudicati*.

³⁰ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 354 y p. 310. Según Kaser, M., *op. cit.*, p. 378, la sentencia debe ajustarse en cuanto a su contenido al programa procesal.

³¹ PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, p. 75.

³² La *taxatio* suponía que el importe de la condena no podía exceder de un *maximum*, el juez, por tanto, quedaba obligado en su *aestimatio* a no sobrepasar ese *quantum*, aunque sí que podía condenar a una cantidad menor, limitando el poder de decisión del juez. La *taxatio* en las *actiones bonae fidei* está documentada, principalmente en la compraventa (D. 19.1 *de actionibus empti et venditi*; C. 4. 49), disponiendo que la suma a fijar en la *condemnatio* la debía medir el juez, con lo que se permitía incluir la cláusula de la *taxatio* para fijar el límite máximo de condena en la sentencia.

el juez quede obligado a hacer suyo el proceso, y la consecuencia de cometer ese cuasidelito, lo que en opinión mayoritaria de la doctrina supone que el pronunciamiento es nulo³³, aunque Gayo en su obra no lo indique explícitamente.

La congruencia en el procedimiento formulario sí se va conformando, concretamente afecta al contenido de la sentencia; la *condemnatio* era parte esencial de la fórmula (salvo en las acciones prejudiciales o declarativas) por la que se otorga al juez la facultad de absolver o condenar, según resulten probadas las pretensiones incluidas en ella. La vinculación del juez es clara, la *condemnatio* le obliga a decidir con poco margen de discrecionalidad, pero con más amplitud que en las *legis actiones*, al menos con el suficiente como para valorar si se está o no respondiendo en la sentencia de modo acorde a lo pedido.

Revisando los casos de *condemnatio certa*, cuando la suma a que el juez deberá condenar está determinada en la *intentio* (G. 4.40.50,52) la sentencia sólo puede ser congruente, no cabe la incongruencia porque la cantidad está prefijada en la cantidad estimada que se concede o deniega. Algo similar sucede con la *condemnatio incerta*, pero en este caso el juez tiene cierto margen para determinar esa suma, y decidir si concede el máximo o el mínimo de la cantidad referida. Éstas a su vez pueden ser *condemnatio incerta cum taxatione* en la que se le fija al juez un límite o una cantidad máxima a tener en cuenta en la sentencia (G. 4.51) o *condemnatio incerta* en la que no se limita al juez la cantidad a que debe condenar que será el valor del objeto litigioso, *quanti ea res erit, tantam pecuniam ... o quanti interest*, en la que se obliga al juez a condenar por una suma equivalente a los daños y perjuicios sufridos, (G. 4.1); otra *condemnatio incerta* es *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, en la que se obliga al juez a que condene con arreglo a lo que se debe dar o hacer según la buena fe. En estos casos la labor del juez no es tan automática y existen posibles resoluciones, todas diferentes, pero congruentes. Como se resume en I.4.6.32, el juez debe cuidar de proferir siempre, en cuanto le sea posible, sentencia de cantidad determinada o de cosa cierta, aunque ante él se haya procedido por cantidad incierta³⁴.

En este contexto del procedimiento formulario, Ulpiano en D.42.1.55 advierte que, si un *iudex* condenó a más o menos, no puede alterar su sentencia. Esto puede interpretarse como que el juzgador puede dar sentencias válidas

³³ D'ORS, A., *op.cit.*, p. 372. CREMADES, I., y PARICIO, J., La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico, en AHDE 54, 1984, pp. 183. GIUSTO. *Per una storia del litem suam facere. Studia et documenta historiae et iuris*, n.º 71. 2005, Città del Vaticano, p. 462. Fuenteseca, M., El enigmático significado de *litem suam facere*. IVRA: rivista internazionale di diritto romano e antico, N.º 63- 2015, Napoli, p. 30.

³⁴ D. 7. 4. 6. 32. *Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

con contenidos diferentes a la fórmula *ultra petita* o *infra petita* y, sin embargo, ser inamovibles. De ahí que, ese efecto de cosa juzgada que adquiere la sentencia, deba ser contrarrestado de alguna forma, en este caso la prevista es el cuasidelito, que penaliza al juzgador, a quien hace subrogarse en la posición del afectado y hacer suyo el proceso. Todo ello con más razón, si como sucede en el *ordo iudiciorum privatorum*, no hay apelación posible, ni órgano ante el que revisar esta sentencia. Por tanto, la resolución incongruente que no es evitable en si misma, en todo caso puede ser causa de sanción para el juez, pero *a posteriori*.

c) Responsabilidad por incongruencia: *litem suam facere*

La reprobable conducta del juez que *litem suam facere* abarca supuestos más allá de la mera responsabilidad del juez que dicta sentencia sin ajustarse a la fórmula³⁵, de tal modo que su contenido se extiende a supuestos sobre la responsabilidad del juez por falta de imparcialidad al dictar sentencia, incluyendo en su descripción posibles casos de dolo, (D.5.1.15.1), que quedarían fuera de los supuestos de incongruencia.

Pero lo que nos interesa son otros supuestos castigados por este cuasidelito, los casos de incongruencia omisiva o *ex silentium*, es decir, la falta de respuesta al litigio, no obedecer lo prescrito por el *officium iudicis*, D.5.1.74. pr. (Jul. 5 dig.), D.42.1.55 (Ulp. 51 ad Sab.), casos de simple omisión, sin ser una negativa a juzgar. Esta circunstancia, que se refiere a la exhaustividad de la sentencia, invita a reflexionar sobre si cabe la respuesta parcial a las pretensiones de un pleito (actualmente no es posible) y si esto podía dar lugar a una sentencia incongruente o solamente incompleta, y en ese caso lo que procede es completarla a petición de parte, y con ello evitar el cuasidelito.

Para sortear la sanción por esa conducta omisiva, el único remedio con el que cuenta el juzgador es *iurare sibi non liquere*. Cuando el *iudex* era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar con arreglo a lo *bonum et aequum*³⁶, de ahí que si quería exonerarse de ese compromiso, y por tanto apartarse del juicio y no resolver, debía volver a jurar, esta vez con el

³⁵ CREMADES, I., y PARICIO, J., *op. cit.*, pp. 179 y ss., D'Ors, A., *op.cit.*, pp. 368 y ss. De Martino, F., *Litem suam facere*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 1988, pp. 1 y ss. Fuenteseca, M., *op.cit.* pp. 29 y ss. GIUSTO, *op. cit.*, pp. 457 y ss. SCAEVOLA In margine al *litem suam facere* in età postclassica e giustiniana. *SDHI. Studia et documenta historiae et iuris*, n.º 79, 2013, pp. 423 y ss.

³⁶ Justiniano en una Constitución referida en C.3.1.14. pr. menciona la antigua obligación de jurar de los jueces, de cómo iban a acordar sentencia definitiva conforme a la verdad y a la observancia de las leyes.

juramento de no ver clara la solución del pleito. De tal manera que, al liberarse del primer juramento, se podía proceder a nombrar otro *iudex*. Tenemos pocas noticias sobre esta práctica, sabemos que antes de dar este paso el juez tenía la opción de retrasar su veredicto utilizando un aplazamiento por medio de la *diffissio*, pero si después seguía sin argumentos para resolver, podía *iurare sibi non liquere*³⁷.

Como hemos visto, el *iudex* tiene obligación de resolver (D.5.1.74; D.42.1.55) si no incurre en responsabilidad, además lo debe hacer de manera congruente, vinculado con la fórmula. Es más, el *iudex* responderá de todos los casos en los que su sentencia produzca perjuicio a los litigantes, puesto que no hay apelación posible. La consecuencia para el *iudex* no era baladí, dado que en estos casos podía ser perseguido por medio de la *actio si iudex litem suam facere*³⁸. Este cuasidelito al que ya se alude en las XII Tablas, suponía la sanción al juez que emitía una sentencia injusta, lo que podía arrastrar otro efecto, cual es que la víctima interpusiera contra el juez una *actio in factum* dirigida a hacerle pagar una pena pecuniaria calculada *in id quod aequum iudici videbitur*. Ante este riesgo, el juez gozaba del *iurare sibi non liquere*³⁹ que valía para exonerarle de la obligación de dictar sentencia, cuando no veía clara la solución del pleito. Esta actuación procesal del *iudex* se observa en un texto de Paulo, D.42.1.36 (Paul. 17 ad ed.) en el que incluso se alude al caso de que siendo varios los juzgadores, sólo uno no vea claro, y en tal caso la sentencia prevalece, aunque aquél disienta. Y en otro de Ulpiano, D.4.8.13.4. (Ulp. 13 ad ed.) en el que, si el juez es apremiado por el Pretor para dictar sentencia, será muy justo que, si jura no estar aún bien instruido, se le dé espacio para pronunciar su juicio.

Como podemos observar, en el procedimiento formulario, no hay una consecuencia mimética entre lo pedido en la demanda junto a la contestación, con el respectivo fallo; no es preciso que éste se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. A este respecto el juez no incurrirá en responsabilidad y estará obligado a pronunciar sentencia si como dice Juliano, en D. 5. 1. 74. 1, el juez a quien se demandó juzgar hasta cierta suma, juzga sobre mayor cuantía, cuando se haya convenido entre los litigantes, o dicho de otro modo, si hay acuerdo entre am-

³⁷ PARICIO, J., «*Iurare sibi non liquere*», en *Acti del III Seminario romanístico gardesano* (Milán, 1988), pp. 414-416. Del mismo autor *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21 y ss.

³⁸ Vid. CREMADES, I., y PARICIO, J., *op. cit.*, pp. 179 y ss.

³⁹ PARICIO, J., «*Iurare...*», *op. cit.*, pp. 411 y ss., Murga Gener, J. L., *op. cit.*, pp. 66 y 314.

bos⁴⁰. Con esto nos vamos aproximando al concepto de congruencia actual, puesto que, con ese acuerdo de las partes, además se cumplen principios procesales como el de contradicción o el de aportación de parte.

Así pues, en el *ordo iudiciorum privatorum* nace la exigencia de la congruencia, acontece en el procedimiento formulario, aunque no en toda la extensión del concepto. La estructura bipartita de estos procesos la favorece, ya que a la vez que se elige al juez llamado a sentenciar, se fijan los términos sobre los que debe pronunciarse. Llobell advierte que este principio de fidelidad a la fórmula es tan absoluto que sí, siguiéndola se concluye en una sentencia absurda, el juez no tiene facultades para evitarla⁴¹, salvo por la ya citada inhibición del juramento *rem sibi non liquere*. Savigny nos indica que en el procedimiento formulario la *intentio* y la *demonstratio* servían para fijar el contenido y la extensión de lo que debía adquirir la autoridad de cosa juzgada en virtud de la sentencia⁴², y Calamandrei añade que la fórmula es una sentencia hipotética, que el juez debe transformar en definitiva apurando los hechos⁴³.

Como resumen, en este procedimiento la congruencia ya es un requisito interno, natural y esencial del fallo. La congruencia, como elemento de la sentencia, aunque guarda mucha relación con la motivación, es decir, con el porqué el juez llega su conclusión, es anterior a la expresión de esta última, dado que en este sistema la razón o razones por la que el *iudex* funda su decisión no se tienen que explicitar⁴⁴. Las partes procesales y el magistrado determinan en la fase *in iure*, libremente, los términos de la sentencia, puesto que son los dueños del proceso, los que deciden cual es la cuestión debatida y que hechos deben ser probados. Y el *iudex* deberá decidir como consecuencia de los hechos probados, siendo responsable directo de su decisión. La congruencia, por tanto, es una consecuencia de la propia estructura bipartita de este sistema

⁴⁰ *De qua re cognovenit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit. 1. Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

⁴¹ LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*. Zaragoza, Edita Caja de ahorros y Mote de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, 1985, p. 23 Para ello cita a SÉNECA en *De Beneficiis*, III, 8, 5: *Illum (iudicem) formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit*; y a CICERÓN, *In Verrem* II, 12,31.

⁴² SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del Derecho romano actual.*, trad. esp. 2.º ed., Tomo V-VI, reimp. Facs. 2004, Madrid, Góngora, p. 237.

⁴³ CALAMANDREI, P., *La casación civil*, T. I, Historia y Legislaciones, Vol. I trad. esp. Buenos Aires, Librería el Foro, 1961, p. 80 n.º 83, p. 56.

⁴⁴ En cuanto a la motivación en el procedimiento *per formulas*, son varios los autores que así lo atestiguan: MURILLO, *La motivación ...*, cit, p. 14. COSTA, E., *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1948, p. 77. SCIALOJA, V., *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, IVS. Collezione di scritti giuridici, XV Milano- Roma, 1936, p. 180. Guarino, A., *Diritto privato romano*, 8.º ed. Napoli, Jovene. 1988, p. 231. Pugliese, G., *Istituzioni di Diritto romano*, Padova, Sintesi, 1986, p. 362.

procesal, pero no alcanza la flexibilidad ni la adaptación que se consigue en la última etapa del proceso civil romano, porque la sentencia en aquél sigue siendo limitada y la responsabilidad del juez directa, no como veremos a continuación en el siguiente proceso romano la *cognitio extra ordinem*.

III.2. En la *cognitio extra ordinem*

La manera casi mecánica de resolver los asuntos de la etapa anterior desaparece en la nueva *cognitio extra ordinem*. De todos los sistemas procesales romanos es el que más se asemeja al proceso civil actual y del que tenemos más noticias pues, como dice Biondi, el proceso moderno es de origen y estructura romana⁴⁵. Surge en los primeros tiempos del Imperio, y quedará como único procedimiento, cuando los emperadores Constancio y Constante en la Constitución de 10 de febrero de 342, suprimen definitivamente el procedimiento formulario (C.2.48.1). Con él desaparece la bipartición en el proceso y por tanto será el mismo juez el que conozca el proceso de principio a fin. La justicia empieza a ser estatal y el juez se jerarquiza, incluyéndose en la estructura del Imperio, incorporando el recurso de apelación, lo que conducirá a que la responsabilidad del juez sea menos personal y más institucional.

La sentencia concede al magistrado más facultades de decisión, pero dentro del *officium iudicis*⁴⁶ que consiste en conocer y decidir el litigio dentro del marco procesal de cada momento histórico, la sujeción a la estructura lógica de la fórmula que antes era absoluta, ahora desaparece y permite un fallo más vinculado a la peticiones de los sujetos procesales.

Si bien en la anterior *litis contestatio* se fijaba el contenido del pleito, en este procedimiento se transforma y se degrada, se desnaturaliza⁴⁷, de ser la base axial en donde se apoyó y basculó todo el litigio clásico, pasa a convertirse en un puro momento de la tramitación procesal que, aunque mantenga la misma denominación, nada tiene que ver ya con lo que antes significó, ni conserva apenas rastro de aquél convenio arbitral que durante tantos siglos proporcionó al procedimiento antiguo y clásico su fuerza esencialmente privatísti-

⁴⁵ BIONDI, B., «Intorno alla rominità del processo civile moderno», *BIDR* 42, Roma, 1934, p. 430: «Il proceso moderno è dunque di origine ed impostazione romana, sempreché intendiamo riferirci non a quel proceso formulare, típicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella *cognitio extra ordinem* che sorge fin dai primi tempi dell'Impero, si consolida ed allarga via via nella prassi giudiziaria, finchè con Giustiniano si afferma come único sistema processuale».

⁴⁶ TALAMANCA, M., «Processo civile (diritto romano)», en *Enc. Dir XXXVI*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1 y ss.

⁴⁷ KASER M., *op. cit.*, p. 385.

ca⁴⁸. En la *cognitio* las partes procesales pierden la libertad y el protagonismo en el proceso, frente a una aplicación de la justicia reglada con estructura funcional. Es principal el cambio del *iudex privatus* al funcionario jerárquicamente ordenado en la estructura de Roma. La fijación procesal de la *quaestio litigiosa* es el único efecto a señalar en la *litis contestatio*⁴⁹ de la *cognitio extra ordinem* que resulta relevante a efectos de congruencia, unido a la determinación del elemento subjetivo.

Desde luego, a efectos de correlación varía considerablemente, porque si bien antes, la congruencia descansaba en la libertad de que gozaban las partes y el magistrado para fijar las pretensiones en la *litis contestatio* y la solución consecuente del juzgador⁵⁰, sin embargo, ahora el magistrado, que lo es de principio a fin, tiene mucha más intervención en este proceso de fase única. Asume, por un lado, la *iurisdictio* y por otro la *iudicatio*, reúne más facultades respecto a su resolución, porque la función de juzgar ya no es privada, es pública y el juez ya no responde ante una decisión incongruente haciendo suyo el proceso, sino que existe la posibilidad de apelar.

El juez, por tanto, tiene gran poder discrecional, ceden las fórmulas, y las partes procesales pierden libertad, puesto que ya no eligen juzgador, y las pruebas son tasadas, la *litis contestatio* se reduce a un mero trámite, la fijación de los términos del proceso es más difusa, por lo que a efectos de congruencia no se predetermina el contenido de la sentencia con tanta concisión, y en el contenido de la sentencia encontramos un antecedente más claro del proceso actual. Así, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre lo solicitado por las partes (incluyendo reconveniciones, réplicas y dúplicas) y lo concedido o denegado por el juez. Ahora el juez ya puede condenar a pagar cantidad o a restituir cosa cierta, pero esto no supone que el juez nombrado para cierto asunto, pueda fallar sobre algo distinto de lo que a ese asunto se refiere, porque como se recuerda en las fuentes, en tal caso no hizo cosa válida⁵¹, como se desprende de C.7. 48. 1 (Imp. Alexander A. Sabiniano) *iudex ad certam rem*

⁴⁸ MURGA GENER, J. L., *op. cit.*, p. 374.

⁴⁹ KASER M., *op. cit.*, p. 385. Murga Gener, J. L., *op. cit.*, p. 381.

⁵⁰ Quien en su sentencia resuelve, siendo desconocedor e imparcial respecto a la anterior fase procesal, obligado a decidir, casi maquinalmente lo que se le pregunte.

⁵¹ No es claro el procedimiento referido en este texto, y dada la fecha puede ser el procedimiento formulario tardío o ya la *Cognitio extra ordinem*. ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Murcia. Ed. Universidad de Murcia, 2003, p. 24. Y en cita 50 interpreta este comentario imperial con referencia a posibles cuestiones penales concomitantes, pero el que el *iudex* se pueda o no pronunciar sobre estos asuntos, a efectos de congruencia, dependerá de que hayan sido o no objeto de la controversia. Si lo han sido y las partes procesales se han podido defender sobre lo refutado por la parte contraria, la congruencia queda salvada. Sin embargo, si se resuelve sobre estos asuntos sin haber sido alegados antes del pronunciamiento final, éste resultará incongruente, independiente del proceso seguido.

datus, si de aliis pronunciavit, quam quod ad eam rem pertinet, nihil egit. (223). Mostrando un primer ejemplo de incongruencia *extrapetitum*.

A partir de esta época, es frecuente encontrar más ejemplos de incongruencia de todo tipo. Por *extrapetitum*, contamos con casos en los que el magistrado resuelve cosa ajena a la promovida ante él y ello es razón suficiente para recurrir. Así en C.7.48 3 cuando los emperadores Diocleciano y Maximiano, indican que, si el juez fue nombrado para conocer de la propiedad, sino resuelve sobre ésta y en cambio responde sobre posesión, se puede recurrir ante el gobernador de la provincia:

(Impp. Diocletianus et Maximianus AA.et CC. Philetæ) Si de proprietate datus iudex adversus te nihil super hac statuit, rector aditus provinciae causam hanc cognoscere suaque decidere sententia curabit, cum et, si quid de possessione pronuntiatum probetur, hoc causae proprietatis minime noceat.

Otra consecuencia de este hecho es que la falta de coincidencia entre lo pedido y lo concedido, no expone al juez al cuasidelito *litem suam facere*, la nueva solución a este problema es la *appellatio*, la responsabilidad privada del *iudex* se diluye.

Un ejemplo similar lo encontramos en D.10.3.18 a propósito de los juicios de división de cosa común, a los que se dedica el título tercero del décimo libro del Digesto⁵², en este precepto se nos advierte de que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio, y el árbitro no puede disponer que un fundo de la herencia, preste servidumbre a otro fundo que no es de la herencia. Entendemos que si se ventiló un asunto sobre división de herencia no es congruente, que se pueda extender a otro asunto de servidumbres, más cuando éstas se corresponden con fundos que no son del caudal hereditario.

Lo que resulta reseñable es como el juez cada vez tiene más flexibilidad a la hora de emitir su juicio, que ya no resulta tan automático; otra muestra de ello la encontramos en D.42.1.59, dónde Ulpiano nos indica que en las sentencias bastará que el juez haya expresado la suma, y mandado que se pague o que se entregue algo, aunque esto lo haya significado con otra cualquier palabra:

(Ulp. IV. De omn. Trib.). In summa sufficet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit.

⁵² D.10.3.18 (Iav. II.epist.9). *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disporre non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.*

Otros ejemplos de acomodación y de finura de juicio los encontramos en C.7.46.3⁵³, cuando el emperador Gordiano advierte que la condena hecha sin expresión de cantidad cierta es considerada solamente, si en alguna parte de las actuaciones estuviera expresada la cantidad cierta. O bien, en D.42.15.1 si el juez condena que se le restituya a Ticio lo que tiene por virtud de testamento o de codicilos de Medio, se ha de entender esto como si se hubiera expresado cantidad.

Incluso, tenemos fuentes que denotan signos de congruencia y de pulcritud jurídica en casos en los que, aunque no estén determinadas las peticiones demandadas éstas puedan ser determinables, como muestra D.42.1.59.1 cuando se resolvió que, aunque no se haya expresado la suma en sentencia, si el que pidió lo hizo y el juez dijo «paga lo que se pidió» o «cuanto se pidió» la sentencia es válida:

Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit, summam expresserit et iudex ait: «solve, quod petitum est», vel: «quantum petitum est», valere sententiam.

Esta discrecionalidad del juez, si bien es más amplia que en el *ordo iudiciorum privatorum* también tiene sus límites, por ejemplo, en D.42.1.59. 2 si los que condenan a capital, fallan sin concretar «páguense los intereses, si algunos competen», o «los que competen» sin indicar el interés concreto, se nos dice que no fallan rectamente, porque deben hacer condenación cierta. En este caso el fallo no es determinable y resultaría por tanto incorrecto, al faltar el dato del tipo de interés:

Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant 'usurae si quae competunt' vel 'quae competunt, ut praestentur', non recte pronuntiant: debent enim de usuris quoque cognoscere et certam facere condemnationem.

En cambio, en C.7.46.1 describe que, si el juez condenó a intereses hasta que se hubiese satisfecho la cantidad de la condena, es evidente que la sentencia no se dio contra el derecho, porque no va más allá de esa cantidad concreta, por tanto, no excede de lo pedido.

⁵³ C.7.46.3 (*Imp. Gordianus A. Aemilio*). *Haec sententia: 'omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve' iudicati actionem parere non potest, cum apud iudices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatae censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa.*

C. 7. 46. 1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Aelianaes. Cum iudicem, quoad pecunia condemnationis soluta fuisset, pendendis usuris legem dixisse profitearis, non contra iuris formam sententiam datam palam est.*

Un caso de *infrapetitum* lo encontramos en C.3.10.1.3 constitución atribuida a Zenón, cuando señala que en una demanda que se hubiese tasado en menor cantidad de la que en realidad le corresponde, el juez no lo contemple, sino que profiera sentencia por la verdadera cantidad:

Quod si quis litem suam minoris quam re vera est taxaverit, iudex ad id non respiciat, sed in veram quantitatem sententiam ferat.

Consideración especial merece la reconvencción a efectos de congruencia, el caso del demandado que a su vez acciona contra el actor. Ya en C.7.45.14 se permite que el juez dicte sentencia no sólo de absolución del demandado sino contra el demandante, y declarar que debe dar o hacer alguna cosa, sin que quepa excepción alguna. Lo congruente será resolver todo, lo pedido por el actor junto con lo reconvenido por el demandado ya que no se concederá excepción para impedirlo:

(Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.) Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actore ferre sententiam et aliquid eum datorium vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur: Cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.

a) Relación de la congruencia con la motivación

La congruencia y la motivación son dos requisitos fundamentales de la sentencia, razón por la que están muy relacionados. Hay dos disposiciones de finales del siglo IV, recogidas en dos Constituciones Imperiales, en las que encontramos una reseña quizá más expresa a la motivación pero que también se refieren a la congruencia.

En la Constitución C.7.44.2 (a. 371) de *Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA...*, *ad Probum Praefectum Praetorio*, cuando se describe cómo debe ser la sentencia, e indica que no debe ser súbita y «debe guardar fidelidad con la demanda», esta expresión llama la atención puesto que sin aludir al término congruencia la define de forma muy descriptiva, en otras palabras, la

sentencia debe guardar fidelidad con lo discutido, que no será otra cosa que el negocio concreto sometido a consideración:

Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA..., ad Probum pp. Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eos, qui ministerium suum eis accomodant, sententias definitivas recitare. (a. 371).

Ciertamente, de la lectura del texto se puede inferir, como señala Murillo, que los jueces tienen la expresa y necesaria obligación de deliberar acerca del negocio sometido a su consideración⁵⁴, de ese concreto negocio. El juez debe ser cuidadoso porque se le exige reflexión, que no redacte súbitamente las sentencias, ponderándolas, teniendo en cuenta que lo debe hacer junto a la demanda, hasta en el mismo escrito.

En el Código Teodosiano encontramos otro aspecto de la congruencia, el referido al deber de exhaustividad, es decir, a la obligación de responder todas y cada una de las cuestiones litigiosas planteadas, es decir, a todo lo que los negocios encierran. No contestar pudiere dar lugar a una posible incongruencia parcial⁵⁵, además responder a todo evita un nuevo pleito sobre lo mismo:

CTh.4.17.2: Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AA., ad Probum Praefectum Praetorio,: Iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus. (a. 382).

Sin embargo, en C.7.45.15 se dice que, si en un litigio hubiese muchas cuestiones, pueda el juez sentenciar sobre algunas de ellas, y entonces conocer nuevamente de las demás, y pronunciar no una única sentencia resolviendo todas las cuestiones:

⁵⁴ MURILLO VILLAR, A., La motivación ... cit. p. 20

⁵⁵ El art. 218.1 lo regula como un aspecto de la congruencia referido a las sentencias: «harán las declaraciones que aquellas (las pretensiones de las partes) exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate»

(*Impp. Iustinianus A. Iuliano pp.*) *Constitutio iubet, si Litis multa capita sint, iudicem de quibusdam sententiam definitivam proferre posse ac deinde rursus sententiam quae ei placuerit, proferre, nec cogi unam sententiam pronuntiare.*

Estos textos, aunque pueden parecer contradictorios, en realidad no lo son porque en la segunda cita, lo único que describe es que puede haber diferentes pronunciamientos que atiendan a la totalidad de las peticiones, no sólo una, pero esto no implica que queden sin respuesta o que sean incongruentes.

En este sentido C.7.45.15 advierte que, si en un litigio hubiera muchas cuestiones, pueda el juez pronunciar sentencia definitiva sobre algunas de ellas, y entonces conocer nuevamente de las demás, y proferir la sentencia que bien le hubiere parecido, y que no sea compelido a dictar una sola sentencia a la vez sobre todas las cuestiones. Ciertamente esta circunstancia hoy no es posible, se deben contestar a todos y a todo en la misma resolución, por aplicación del principio de exhaustividad que como vemos no tiene origen romano.

Esta interpretación se refuerza por D.10.2.27 cuando Paulo advierte que las condenas y las absoluciones deben afectar a todos los sujetos del proceso, de forma que no será válida la sentencia que haya omitido la condena respecto a alguno de los sujetos procesales, porque como bien indica la cosa juzgada de un solo juicio no puede valer en parte, y no ser válida en otra parte:

(*Paulus, 23 ad ed.*) *In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si un alicuius persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit iudex non valebit, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.*

Tanto C.7.44.2 (a. 371) como CTh.4.17.2 (a. 382) se recuentan los requisitos lógicos y formales de la sentencia, tendentes a evitar arbitrariedades en la decisión, que es el fin último que justifica la congruencia: *ad plenum recensat, scribat et relegat, non subitas, deliberatio et ponderatio, emendatio*, conforman el *quod senserit* la decisión. Como advierte Murillo, estas Constituciones producen un punto de inflexión acerca de plasmar la motivación de la sentencia en su redacción⁵⁶, y tal razonamiento motivador debe dar como consecuencia lógica una decisión congruente.

⁵⁶ MURILLO VILLAR, A., La motivación ..., cit. pp. 23, 24.

b) *Appellatio*.

Un cambio sustancial que se opera en este sistema procesal respecto al anterior *ordo iudiciorum privatorum* será la incorporación de la *appellatio* como remedio en general que también afecta a las sentencias incongruentes, (D.49.1.1). Esta posibilidad cambia el criterio de responsabilidad del juez que queda exonerado de responder ante esta circunstancia, por *litem suam facere*.

Era obligación del magistrado de instancia plasmar por escrito las razones alegadas por el apelante, *litterae dimisoriae*, para enviar al órgano que ha de resolver. Se repetía el *iudicium* y el apelante podía añadir nuevos hechos y pruebas para fundamentar su recurso C.7.62.32 (a. 440). El adversario debe responder con todas sus razones C.7.62.39 (a. 530).

Sin embargo, en D.49.8.1.1. se indica que en caso de error de cálculo en la sentencia, no hay motivo de apelación: *Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est*; y continua con un ejemplo, si el juez hubiere fallado así: «constando que Ticio le debe á Seyo cincuenta por tal concepto, y además veinticinco por tal otro concepto, condeno por lo tanto en ciento a Lucio Ticio á favor de Seyo»; porque como hay error de computación, no es necesario apelar, y se corrige sin, ni siquiera, plantear la apelación, en una suerte de antecedente del recurso de aclaración. Pero si el juez de esta cuestión hubiere confirmado la sentencia a cien, pero porque hubo otra partida de veinticinco, ha lugar la apelación⁵⁷, debiendo distinguir si es un mero error de cálculo, no apelable, o si se ha incluido otra partida de veinticinco por algún otro concepto, que aquí sí que puede apelar.

IV. BREVE SINOPSIS DE SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

En la Recepción del Derecho romano justiniano en España también encontramos referencias a la congruencia en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en el Espéculo, en las Partidas, así como en la Nueva y la Novísima Recopilación.

⁵⁷ Es curioso advertir las semejanzas entre lo expresado en los textos romanos y el remedio procesal de la aclaración de sentencias, que no recurso de apelación a tenor del Artículo 267. LOPJ 6/1985, de 1 de julio cuando prescribe en su punto 1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan... 3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

a) Fuero Juzgo

El Fuero Juzgo Libro II, *De los jueces e de lo que iudgan* Título I, capítulo XXIX *Que el iuez debe dar razon de quantol demandaren* contiene una referencia genérica a este respecto:

*El iuez, si alguno le demanda razon delo que iudgó antel sennor de la cibdad, ó ante otro iuez ante qui mandare el rey, dévele responder.*⁵⁸

Pero sobre qué debe responder o cómo hacerlo no está referido. Más clara es la redacción del Fuero Real que vemos a continuación.

b) Fuero Real

En el Fuero Real 2.13.2, manda que el juez sentencie sobre lo que se le demanda y no sobre otra cosa, en lo que resulta una descripción de coherencia: el juez debe dar su juicio sobre la demanda y no sobre otra cosa:

F. R. 2.13.2: *«Como el Juez debe dar la sentencia sobre la demanda, é no sobre otra cosa. Despues que las razones fueren acabadas, de guisa que mas no pueden decir las Partes en el Juicio, el Alcalde dé la sentencia sobre aquello que fue la demanda, è no sobre otra cosa: è déla la mas cierta que pudiere, è no dudosa, è de guisa que dé el Alcalde aquel contra quien fuere la demanda por quitto, ó por vencido...».*

Ciertamente, se describe la congruencia en cuanto a que se debe sentenciar sobre lo que se solicita y, es más, añade referencias a la claridad en el juicio como nota unida a la congruencia, nota que seguirá acompañando a la redacción de los preceptos sobre ésta⁵⁹.

c) Espéculo

También encontramos referencias en el Espéculo, texto que, aunque no llegó a tener vigencia por inacabado, es muy similar a las tres primeras Parti-

⁵⁸ Sigue: *E si el pelyto viniere antel rey, los iuezes qui mandare el rey, deven terminar el pleyto sin el obispo, e sin los otros iuezes. E si el pleito es comenzado, o acabado antel obispo, o ante qualquier iuez, e alguna delas partes troxiere a otro mandado del rey, elque iudgó el pleito, devel responder ante aquel iuez, que establesciera el rey; que si iudgó tuerto, que sea penado segund la ley; e si el otro se querello con tuerto, quel faga emienda segund la ley.*

⁵⁹ Ya está reseñada en el Fuero Juzgo Libro I, ley VI; en el Fuero Real F. R. 2.13.2, cuando dice que no debe ser dudosa. Veremos también alusiones en P. III, Tit. XII, ley V: *«E deue fer dictado el juyzio por buenas palabras, e apuestas que lo puedan bien entender sin dubda ninguna».* En la Codificación el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 describe de forma muy somera la claridad; también se refiere a ello el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que califica las sentencias de claras, precisas, y congruentes.

das y al Fuero Real, así, en su Libro V, Tit. XIII Ley VII se describe cuando el juez da más o menos de lo que deben o dan una cosa por otra:

Yerran a las vegadas los judgadores en dar los juyzios, bien asi como los fisicos en dar las melezinas. Ca a las vezes dan menos o mas de lo que deven, e cuy dan dar una cosa, e dan otra. E esto otrosí fazen los judgadores en sus juyzios. Ca vegadas y a que añaden o minguan en ellos, o judgan dotra manera, que non pertenesce al pleito. E por ende queremos dezir en quantas maneras non vale el juyzio por razon del judgador, sil da como non deve.

En este caso se prohíbe que el fallo sea diferente a las pretensiones de las partes y demás actos deducidos en juicio, y de hacerse resultará no válido.

d) Partidas

Será en la Tercera Partida, Tit. XXII Ley XVI, que versa sobre *Cómo non debe valer el juicio que diere el judgador sobre cosa que non fue demandada ante él*⁶⁰, la que más se aproxime al concepto de congruencia, y la que tendrá repercusión jurisprudencial mucho más adelante: «*Afincadamente debe catar el judgador qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él en juicio, ...et entonces debe dar juicio sobre aquella cosa*». Y continúa dando dos ejemplos en los que no debe valer el juicio, si se demanda sobre casas o bestias u otras cosas que no están en la demanda, o si se pleitea sobre propiedad y se resuelve sobre posesión⁶¹.

Al mismo tiempo en esta Ley XVI, se indica que la manera en que se pide tiene transcendencia, puesto que «*asi como fue fecha antél (juez) la demanda en general, en aquella mesma manera debe él dar el juicio*»⁶².

También encontramos en esta Ley la coherencia cuando, aún sin ser determinada la petición, si ésta es determinable, el fallo podrá ser válido; por el

⁶⁰ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios á la última ley de enjuiciamiento civil español* (Vol. 1), Impr. y Encuadernación de A. de J. Lozano, 1891, referido a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 1855, considera que se aplicó este precepto de las Partidas hasta esa ley sin ruptura, y en ella al no hacerse referencia expresa a la congruencia, ésta se alegaba por el juego de los artículos 1012 y 1013 del mismo cuerpo legal.

⁶¹ «*ca si fuere fecha demanda antél sobre un campo ó sobre una viña, et él quisiere dar juicio sobre casas, ó bestias ó sobre otras cosas que non pertenesciesen á la demanda, non debe valer tal juicio: eso mesmo decimos que serie si la demanda tan solamente fuese fecha sobre el señorío de la cosa et él judgase sobre la posesión*». Este segundo ejemplo nos recuerda al recogido en C.7.48.3.

⁶² En este caso el ejemplo tiene relación con la determinación del objeto, así si no se determinó en la petición el juez no puede hacerlo en su fallo: «*si el demandador demandase antel juez á otri caballo ó siervo quel mandara ó le prometiera, non nombrandol nin señalando ciertamente cuál, et el juez diese despues juicio contra el demandado que diese al demandador fulan siervo señalandol por su nombre, ó fulan caballo señalandol por su color ó por sus faciones, tal juicio como este non serie valedero*».

contrario, si en el juicio no se señala la cosa o cantidad cierta sobre la que se resuelve, el fallo no será efectivo⁶³.

Respecto a las posibles dudas del juzgador para proferir su sentencia, sabemos de las soluciones que se dan en Derecho romano clásico. En esta tercera Partida, Tit. XXII, ley XI, *Que deuen fazer los judgadores quando dudaren en como deuen dar juyzio*, varían. En ella se prescribe que primero se pregunte «*alos omes sabidores... e mostrarles todo el hecho, asi como passo ante ellos*»; si con su concurrencia se aclara la duda se sentencia, pero si no se puede aclarar lo preguntado, enviará todo al Rey, aunque antes debe leerlo ante las partes y razonar la petición. El Rey puede sentenciar o indicar al juzgador como debe sentenciar. Pero ningún juzgador puede hacer esto por excusarse del trabajo, ni por alargar el pleito, ni por miedo, ni por amor o desamor a alguna de las partes sino porque debe escoger el derecho apropiado. Si lo hace de otra manera puede recibir condena penal del Rey.

e) Nueva y Novísima Recopilación

En la Nueva Recopilación Libro 4, título 17, ley 10 se insiste en que en los pleitos deben ser sobre los que las partes quieren decir y razonar. Y explica como si la demanda no se hizo en el escrito primero, los jueces deben dar «*los pleytos por ningunos*», e incluso se insiste, si una parte quiere que se trate algo y la otra no quiere, aunque se le solicite varias veces, si mantiene su negativa no puede condenarse por ese extremo, se debe tener «*el pleyto por ninguno*», y el juez condenado en costas. En la Novísima Recopilación libro 11, título 16, Ley 2, recoge el mismo contenido del texto anterior como ella misma indica⁶⁴.

⁶³ «*Otrosi decimos que quando los judgadores non dicen ciertamente en su juicio la cosa ó la contia de que condenan ó quitan al demandado, mas dicen así: mando quel demandado pague ó entregue á fulan lo quel demndó ante mí, ó condénolo en la demanda que fue fecha contra él, ó quítolo della, ó tengo por bien que non dé lo quel demanda, ó posiere en su juicio otras palabras semejantes destas, por las quales se puede ciertamente entender que el demandado es quito ó vencido por judio de la demanda, en tal razón como esta si fuere fallado escripto en las actas la cosa ó la contia sobre la contienda, que entonce el juicio que fuese dado en alguna destas maneras sobre ella, serie valedero. Mas si en las actas que pasaron antel judgador non se fallase cierta demanda, tal juicio en que non nombraba señaladamente la cosa ó la contia sobre que se daba, non serie valedero*».

⁶⁴ Novísima Recopilación libro 11, tit. 16, Ley 2, «*Acaesce muchas veces que, desque los pleytos son contestados, y traídos testigos, y razonado en los pleytos de todo lo que las partes quieren decir y razonar, y concluso el pleyto para dar sentencia, y á las veces dada, estando el pleyto en apelación ante los Superiores, si se halla, que la demanda no fué dada en escrito, hallándola asentada en el proceso, ó que n'o está bien formada como los Derechos mandan, ó desfallesce el pedimento, ó alguna de las otras cosas que en ella debían de ser puestas, ó otras que son de la solemnidad y substancia de la orden de los juicios, por lo qual suelen los Jueces dar los pleytos por ningunos, y las sentencias que por ellos son, dadas, y así los Pleytos se alargan, de que viene grande daño á las partes: por ende establecemos, así en*

f) Codificación en las Leyes de enjuiciamiento civil.

Si nos referimos a antecedentes más próximos, ya en la Codificación, en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se describe de forma muy somera la claridad (siempre muy unido al concepto de congruencia) pero no la congruencia misma, y así dice este artículo que las sentencias deben ser claras y precisas, declarando o condenando o absolviendo de la demanda⁶⁵.

Más adelante en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recoge un precepto completo referido a que las sentencias sean claras, precisas, y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y a la obligación de decidir todos los puntos litigiosos, en caso de que haya varios demandantes se responderá a cada uno de ellos y por separado. Cuando se trata del modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales, se dice en él:

«Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Tanto el actual artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento del año 2000 como el anterior art. 359, se ven influidos por lo que supone la aplicación del 120.3 de la Constitución española de 1978, que cuando habla de la publicidad en las actuaciones

los pleytos civiles como criminales, así en primera instancia como en segunda ó ter'cera, que si la demanda ó acusacion pareciere asentada en el proceso, aunque no sea dada por la parte en escrito, ó faltare en la demanda el pedimento, ó alguna de las cosas que en la demanda deben ser puestas segun la sutileza del Derecho, ó que; no se haya fecho juramento de calumnia, estando pedido por la parte una vez solamente, ó que la sentencia no fué leida por el Alcalde, ó que desfallescien las otras solemnidades y substancias de la órden, de los juicios que los Derechos mandan, ó alguna dellas, conteniéndose todavía en la demanda de la cosa que el demandador entendió demandar, o el acusador pedir, seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia; que los Jueces que conosciere de los pleytós, y los hobieren de librar, los determinen y juzguen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos, y las sentencias, que en ellos dieren, por las razones dichas no dexen de ser valederas: pero si el demandado, seyendo llamado antes que vaya el pleyto adelante, pidiere, que el demandador dé su demanda por escrito, que quede en albedrío de Juez para lo mandar, si viere que conviene que se haga así: y ansimismo, que si las cosas que fueren de substancia del juicio, y la parte pidiere, declarándolas, que la otra parte las guarde, y no quisiere, seyéndole mandado, y lo mismo en no jurar de calumnia, seyéndole pedido y mandado dos veces, que entónces, sentenciando el Juez sin se facer lo suso dicho, sea habido el pleyto por ninguno, y el Juez. condenado en costas.» (ley. 10. Tit. 17. Lib. 4. R.).

⁶⁵ A este respecto es curioso que MANRESA *op. cit.*, p. 166, nota 1, indica que cuando se aduce falta de congruencia, se deben invocar las Partidas y no el artículo 61.1, en el pertinente recurso de casación, al no estar expresamente regulado en el texto legal del 1855.

nes judiciales eleva a norma constitucional la obligación de motivar las sentencias, artículo 120.3 CE. Pero en lo que atañe a la coherencia de las sentencias no hay divergencias sustanciales entre las normas procesales del 218.1 y el anterior 359.

V. BREVE REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Que la coherencia de las peticiones con el fallo es esencial, viene amparado en que está relacionada con el derecho fundamental del art. 24 de la tutela judicial efectiva como bien se deduce de una Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1992 de 26 de octubre, cuando refiere que puede producirse indefensión si el juez modifica o altera los términos del debate procesal. Esto sucede cuando el órgano judicial por iniciativa propia, se pronuncia sobre pretensiones que no han sido promovidas por ninguna de las partes que suponen menoscabo del derecho de defensa contradictoria. En el proceso civil, también estará íntimamente unido, con el principio dispositivo y de aportación de parte, por cuanto en este caso sólo se debe resolver aquello que las partes plantean al juzgador, y son ellas las que definen los términos del proceso, libres por tanto para determinar su reclamación. El juez no podrá salirse de estos confines en su resolución⁶⁶. Esta línea jurisprudencial no se rompe hasta nuestros días, siendo múltiple la jurisprudencia tanto constitucional como del Tribunal Supremo que define la congruencia⁶⁷.

⁶⁶ TJUE 3 de octubre 2013. Congruencia en determinados aspectos de derecho de consumo en relación con la Directiva 1999/44 sobre renta y garantía de bienes de consumo en cláusulas abusivas indica que no es preciso que el fallo se ajuste al suplico de la demanda TS 241/2013 de 9 de mayo.

⁶⁷ La Sentencia del TC 135/2002 de 3 de junio, posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 en su FJ 3 refiere múltiple jurisprudencia al respecto: «No está de más volver aquí sobre la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la incongruencia, sintetizada y resumida en el F. 2 de la STC 15/1999, de 22 de febrero, fundamento repetido en el F. 3 de la STC 124/2000, de 16 de mayo. En ambos lugares se nos recuerda que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discutió la controversia procesal (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre; 191/1987, de 1 de diciembre; 88/1992, de 8 de junio; 369/1993, de 13 de diciembre; 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre; 111/1997, de 3 de junio; y 220/1997, de 4 de diciembre). El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y “petitum”–. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la “causa petendi” alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el “thema decidendi”».

VI. CONCLUSIONES

En Derecho romano ya encontramos antecedentes de lo que puede ser la congruencia procesal en el procedimiento formulario del *ordo iudiciorum privatorum*. Las partes procesales y el magistrado determinan, al final de la fase *in iure*, los términos de la fórmula, deciden cual es la cuestión debatida y que hechos deben ser probados lo cual tendrá su reflejo en la sentencia. El *iudex* deberá decidir como consecuencia de los hechos probados, siendo responsable directo de su decisión. En cambio, en la *cognitio extra ordinem* el juez al dictar sentencia es más versátil y sus sentencias se adaptan mucho mejor a las pretensiones iniciales, hasta el punto en que podemos encontrar casos de ultra, extra e infra petición con adaptabilidad del fallo a las demandas de parte, construyéndose un concepto de congruencia próximo al que se maneja en nuestro derecho positivo.

En cuanto a la responsabilidad del juez por dictar una resolución incongruente es muy diferente en el *ordo iudiciorum privatorum* y en la *cognitio extra ordinem*, siendo significativo el parecido de este último proceso con el proceso civil actual. El juez del procedimiento formulario si dicta una resolución incongruente, debe subrogarse en la posición de la parte perjudicada, por aplicación del cuasidelito *litem suam facere*, resultando afectado en su propio patrimonio. Sin embargo, la existencia de apelación en la *cognitio extra ordinem* y en el proceso civil actual, hace que el juez no sea responsable de los casos de falta de congruencia, cuando esta no sea dolosa.

Se constata a lo largo del trabajo cómo la congruencia de la sentencia, pese a ser referida en diferentes textos de Derecho romano, y en la Recepción, no adquiere una formulación expresa en derecho positivo hasta el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, llegando en la actualidad a tener reflejo en el Texto Constitucional de 1978 y en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

The testimony of a single witness in Roman law and the case-law of the Spanish Supreme Court

ANA I. CLEMENTE FERNÁNDEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En este trabajo pretendemos analizar la realidad de la regla *unus testis nullus testis* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, estableciendo una relación con la evolución de la citada máxima en el Derecho romano.

Palabras clave: *unius testimonium*, Derecho Romano, Tribunal Supremo español.

Abstract: In this paper we intend to analyze the reality of the principle *unus testis nullus testis* in the case-law of the Spanish Supreme Court, making a comparison with the evolution of this rule in Roman law.

Keywords: *unius testimonium*, Roman law, Spanish Supreme Court.

SUMARIO: I.–Premisa. II.–La valoración del testimonio único en los textos romanos. III.–La prueba de testigos y las reglas de la sana crítica en los precedentes normativos más próximos a nuestro derecho actual. IV.–La valoración del testimonio único en la jurisprudencia del tribunal supremo español. V.–Conclusiones comparativas.

I. PREMISA

La figura del testigo en un procedimiento judicial es un instrumento probatorio de gran calado, pues a través de este medio de prueba se trata de transmitir al órgano juzgador el conocimiento de un hecho y el carácter verdadero de este hecho. El testigo declara en un juicio, en calidad de tercero, sobre hechos controvertidos que han caído bajo sus sentidos y a cuyas consecuencias no se halla vinculado. La valoración de la prueba testifical, por tanto, posee una gran trascendencia en el ámbito jurídico, máxime cuando en el proceso judicial nos encontramos únicamente con el testimonio de un solo testigo. La fuerza probatoria que pueda tener esta declaración singular constituye una cuestión peliaguda para el juzgador en su tarea de apreciación de la prueba. Por ende, nos cuestionamos qué eficacia probatoria le otorga el juez a este único testimonio en el proceso.

Al respecto es conocida la regla *unus testis nullus testis*, máxima que, en principio, implicaba la eliminación, *a priori*, del testimonio de una sola persona en el curso del proceso, y que rigió en periodos en los que predominaba el sistema procesal de prueba tasada. Así, este canon se principia en el Derecho romano postclásico, siguiendo la tradición bíblica, para después ser desarrollado y elaborado por la doctrina de los doctores de la Edad Media ¹.

El germen de este axioma se ha ubicado, en ocasiones, en el ámbito del Derecho histórico y, más concretamente, en el cuerpo normativo de las Siete Partidas ². Empero, no es esta obra jurídica la que alumbró el mencionado principio. Si queremos buscar su origen, debemos retrotraernos en el tiempo, pues es el Derecho romano el ordenamiento jurídico que sirve de embrión a esta regla procesal ³.

¹ La citada regla encuentra proyección en las fuentes visigodas, también en los fueros municipales del Derecho medieval español, en los que no se formula expresamente, sino indirectamente, al exigir pluralidad de testigos en la prueba testifical. Una teoría completa del principio, con sus excepciones y ampliaciones, vendrá de la mano del Derecho común, a la que contribuyeron especialmente las escuelas italianas, y tomará como base textos procedentes del *Corpus Iuris*, de las Decretales de Gregorio IX, de la Biblia y de las Partidas. En detalle, *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio «Testis unus testis nullus» en el derecho procesal español*, 2.ª ed., Granada, 2005. Una síntesis sobre el periplo histórico que sigue el citado principio en Italia a partir de finales del «Settecento» puede verse en PADOA SCHIOPPA, A., «*Unus testis nullus testis*, note sulla scomparsa di una regola processuale», en *Studia Ghisleriana, Studi giuridici*, Pavia, 1967, pp. 334-357.

² Referencias que encontramos, por ejemplo, en Sentencia núm. 277/1997 de 27 febrero. RJ 1997\1459, Sentencia núm. 697/1995 de 23 mayo. RJ 1995\3909 y Sentencia núm. 499/1995 de 4 abril. RJ 1995\2810, resoluciones que remontan la prevención contenida en el citado principio al legado jurídico de Alfonso X.

³ Así lo hacemos constar en un trabajo precedente donde analizamos con detalle el tratamiento que se otorga, en relación con la valoración de la prueba, a la deposición de un único testigo y a su evolución

II. LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO EN LOS TEXTOS ROMANOS

El primer texto romano en que se manifiesta este principio –sin distinguir entre causas civiles y penales– parece ser una constitución de Constantino del año 334⁴, contenida después en el *Codex Theodosianus* y, con posterioridad, recogida en el *Corpus* justiniano⁵. En el mencionado pasaje el emperador contempla la obligación de que los testigos presten juramento antes de depone y que se conceda crédito a los testigos más honrados, norma que parece haber sido promulgada anteriormente, y a la que consideramos que se refiere cuando exhorta al juez a que no consienta fácilmente el testimonio de uno solo⁶. En este último caso, hemos de entender que, ante el testigo único, el juez tiene el deber de cautela, y solo debería admitir su testimonio cuando fuese digno de crédito. Además, Constantino ordena que no se oiga el testimonio de un solo testigo, aunque brille con el honor de la preclara curia, por lo que inferimos que el testigo único no podría haber prestado testimonio ante el juez al no concurrir otros testimonios u otras pruebas⁷.

La disposición del emperador tiene su origen en textos bíblicos, fruto del influjo cristiano y helénico que domina su personalidad⁸.

Esta regulación sobre el testimonio único que preceptúa el emperador, en la etapa postclásica, evidencia la necesidad de abordar un asunto tan espinoso

en el Derecho romano. Vid. CLEMENTE, A. I., «El problema del testigo único en el Derecho romano», en *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22/dicembre, 2009, pp. 99-124.

⁴ C.4.20.9.1 (*Imp. Constantinus A. ad Iulianum, Praesidem*): *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacunq[ue] causa facile patiat[ur] admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat[ur], etiamsi praeclarae curiae honore praeferat[ur].* En relación con este precepto, téngase en cuenta C. 4.20.9pr.: *Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iam dudum arctari praecepimus, et ut honestioribus potius fides testibus habeatur.*

⁵ CTh. 11.39.3; C.4.20.9 y 4.20.4.

⁶ Como consecuencia de una evolución en el tema en cuestión, posiblemente la disposición constantiniana está revocando la norma contenida en C. Sirm. 1 (*Imp. Constantinus A. ad Ablatium praefectum praetorio*): (...) *Testimonium etiam ab uno licet episcopo perhibitum omnis iudex indubitanter accipiat nec alius audiatur testis, cum testimonium episcopi a qualibet parte fuerit repromissum. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod a sacrosancto homine conscientia mentis inlibatae protulerit. Data III nonas maias Constantinopoli Dalmatio et Zenofilo cons. (a. 333).*

⁷ En torno a las diversas interpretaciones doctrinales sobre esta norma, vid. CLEMENTE, «El problema del testigo único», *cit.*, pp. 100 ss.

⁸ Su fuente de inspiración radica en la *Epístola de San Pablo a los Corintios*, II, 16, 1, en un fragmento del *Evangelio de San Mateo*, XVIII, 16, así como en *Deuteronomio*, XIX, 15, *Deuteronomio*, XVII, 6 y *Números*, XXXV, 30, a tenor del análisis de FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 15 ss. Y esto no es de extrañar, dada la gran atracción que siente el emperador cristiano por el libro bíblico del Deuteronomio. Vid. DIETER, *Untersuchungen zum Iustinianis chen zivilprozess*, München, 1969, p. 251.

en el marco del proceso y de encaminar el sistema probatorio en este periodo del Derecho romano hacia un sistema de prueba reglada⁹.

En efecto, el enfoque y tratamiento que el Derecho romano clásico otorgaba a la prueba testimonial refleja la ausencia de un sistema de prueba tasada. Ahora bien, conviene precisar que, en este periodo, tampoco imperaba una libre y absoluta discrecionalidad del juez en relación con la apreciación de la prueba testifical, ya que este debía atenerse a las consideraciones juiciosas y razonables que aportaban los jurisconsultos romanos. En este sentido, encontramos pasajes muy significativos en el Digesto que proporcionan orientaciones al juez a la hora de valorar la prueba testimonial.

Así, según el jurisconsulto Arcadio¹⁰, si todos los testigos fueran de la misma honestidad y reputación, y coincide con ellos la cualidad del negocio y la opinión del juez, entonces todos deberán ser tenidos en cuenta por el juez. En caso de que los testimonios sean diversos, se dará crédito al número desigual, siempre teniendo en cuenta la naturaleza del negocio y en tanto no existan sospechas de enemistad o de favor. De manera que el juez tendrá que considerar aquellos argumentos y testimonios que más se aproximen a la verdad y no debe tomar en consideración la multitud de testimonios, sino aquellos testimonios a los cuales asiste la luz de la mejor verdad. Luego lo relevante no es el número de testimonios en un mismo sentido, sino qué testimonios se aproximan más a la verdad a tenor del asunto.

En otro fragmento, atribuido a Paulo¹¹, no se da crédito al testimonio de uno solo. En ningún caso se afirma que sea nulo, sino que, a nuestro entender, no se admitiría esta deposición como prueba concluyente, es decir, sería insuficiente para motivar la sentencia.

⁹ Con más detalle, sobre la naturaleza, estilo e influencias en la legislación constantiniana, *vid.* CLEMENTE, «El problema del testigo único», *cit.*, pp. 102 ss.

¹⁰ D. 22.5.21.3 (*Aurelius Arcadius Charisius magister libellorum libro singulari de testibus*): *Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrat, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliquid dixerint, licet in pari numero, credendum est id quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

¹¹ D.48.18.20 (*Paulus libro tertio decretorum*): *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem: desideraverat et quaestionem haberi de ancilla. Suro negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. Procurator quaestionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*

También se afirma, en palabras del jurista Pomponio¹², que nadie puede ser testigo idóneo en su propia causa. Consideramos, por nuestra parte, que resultaría inadecuado o inconveniente que un sujeto sea testigo en su propia causa, lo que no significa que no se pueda atender a dicho testimonio.

En otros casos, que dan cuenta de las intervenciones adrianeas en materia de testimonios –recogidas por el jurista Calístrato–, se establece la obligación de llevar a cabo un análisis esmerado sobre la veracidad de los testigos, para lo cual se han de investigar los siguientes aspectos que pueden convertir el testimonio en sospechoso: la condición de cada uno, si fuera decurión o plebeyo y si de vida honesta o irreprochable, o si alguno tuviera nota y fuera reprehensible, si fuera rico o necesitado, o sea enemigo de aquel contra el que testifica, o amigo de aquel a cuyo favor da la declaración¹³.

Siguiendo esta misma orientación, Adriano establece que la *fides* de los testigos debe ser estimada por el juez a tenor de quienes sean, de la dignidad y la reputación de estos, además de tener presente, en el interrogatorio, si la declaración fue prestada de manera inmediata, espontánea y coherente¹⁴.

En otras directivas del mencionado emperador se insiste en la distinción entre los testigos (*testes*), a los que se debe dar crédito, y los testimonios (*testimonia*), que resultan inadmisibles ante el Tribunal imperial¹⁵. La preferencia reside, atendiendo al principio de oralidad en el proceso, en aquellas pruebas obtenidas de forma directa e inmediata. Ciertamente que la libertad de valoración del juez se ve limitada, pero a la vez se asegura una reciente formación de su convicción.

Otra disposición adrianea, que constituye una llamada al principio de libre valoración de la prueba, viene a afirmar que el convencimiento del juez no

¹² D.22.5.10 (*Pomponius libro primo ad Sabinum*): *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur.*

¹³ D.22.5.3pr. (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): *Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit), admittendus est.*

¹⁴ D.22.5.3.1: *Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: «Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint».*

¹⁵ D.22.5.3.3: *Idem divus Hadrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum. Verba epistulae ad hanc partem pertinentia haec sunt: «Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est (nam ipsos interrogare soleo), quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret et nisi implexset quod intenderat, relegaretur».*

D.22.5.3.4: *Gabinio quoque Maximo idem princeps in haec verba rescripsit: «Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia».*

puede acogerse a un solo tipo de prueba, pues es el juzgador quien ha de considerar aquello que cree o le parece poco probado, prevalece su discernimiento: unas veces se confirmará la verdad sin documentos públicos, otras en base al número de testigos, a su dignidad, etcétera ¹⁶.

En suma, de lo referido en estos pasajes se puede deducir la exigencia de cautela, dentro del marco de la lógica jurídica, cuando el juez tiene ante sí el testimonio de un único testigo. Ya simplemente porque un único medio de prueba es inidóneo o insuficiente para servir de fundamento a una sentencia. Distinto es si ese único testimonio concurre con otros medios de prueba que permitan integrar y confirmar dicha declaración. Por consiguiente, no se estableció la exclusión del *testimonium unius*, ahora bien, sí que se proporcionaron pautas y orientaciones a los jueces en su labor. Todo ello parece negar un carácter absoluto al principio de libre valoración de la prueba en esta etapa clásica del Derecho romano, ya que el juez, en la apreciación de la prueba, se movería dentro de ciertos límites, especialmente en aquellos asuntos más complejos como es el caso del testigo único.

Queda claro, por tanto, que el sistema de libre valoración de la prueba es anterior en el tiempo al sistema de prueba tasada que, como ya hemos afirmado, tiene su origen en el Derecho romano postclásico. Además, la libertad en la apreciación de la prueba que se da en época clásica no tiene carácter absoluto, pues es necesario que el juez desempeñe este cometido de forma razonada. Y es precisamente en este punto donde consideramos que existe una interesante aproximación al marco jurídico actual que remite a las reglas de la sana crítica a fin de valorar la fuerza probatoria de los testimonios.

Avanzando en el tiempo, el cuadro evolutivo histórico-jurídico ¹⁷ nos sitúa ante las fuentes visigodas, que darán cuenta del principio de nulidad de la declaración de un solo testigo, bien a través de una prohibición manifiesta del testimonio singular, bien requiriendo un mínimo de dos testigos. Asimismo, la regla dejará su huella en nuestro derecho medieval sin una formulación expresa, ya que, según lo previsto en prácticamente la totalidad de textos normativos correspondientes a las legislaciones forales, se exigen varios testigos –tres o

¹⁶ D.22.5.3.2: *Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: «Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritasprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris».*

¹⁷ En relación con la evolución del mencionado principio en Derecho visigodo, Derecho medieval y Derecho común, véase con detalle FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

dos— para producir prueba en el marco de una variada casuística¹⁸. Más tarde, la citada máxima será objeto de desarrollo como materia de Derecho común; así, los doctores defenderán que el testimonio de una sola persona es nulo, determinando el alcance del principio, el ámbito de aplicación, las excepciones, la posibilidad de derogación, las limitaciones, etc., y esta doctrina recalará en los autores españoles¹⁹.

III. LA PRUEBA DE TESTIGOS Y LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LOS PRECEDENTES NORMATIVOS MÁS PRÓXIMOS A NUESTRO DERECHO ACTUAL

Llegados a este punto, si recordamos ahora los antecedentes más próximos de nuestro Derecho actual sobre este tema, por mor de las influencias derivadas de las doctrinas del s. XVIII, que defendían la separación de los dogmas tendiendo hacia una concepción humanista y racional, debido también al influjo derivado de las reformas legales en Francia y en otros países del entorno europeo, y haciéndose eco de las críticas imperantes al sistema de prueba tasada, la legislación española del s. XIX reforma el criterio de valoración de la prueba de testigos introduciendo un principio de naturaleza racional y filosófica, las ya mencionadas «reglas de la sana crítica»²⁰.

Sirvan como ejemplo las siguientes disposiciones normativas:

— El art. 148 del Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 30 de diciembre

¹⁸ Con carácter excepcional, un enunciado explícito del citado principio puede verse en el Privilegio de *amejoramiento* del Fuero de Cuenca, llevado a cabo por Sancho IV: «Otro sí mando que de aquí adelante que non vala testimonio de un omne solo».

¹⁹ Téngase en cuenta en este punto que la cultura jurídica formalista, analista y categorizante de la *opinio doctorum*, y no la ley, fue esencial en la conformación del sistema de la prueba legal. Vid. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002, p. 389.

²⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; BARRIOS GONZÁLEZ, B., «Teoría de la sana crítica», en *Opinión jurídica*, vol. 2, n.º 3, pp. 103 y ss. En este sentido hemos de tener en cuenta que la idea de la «sana crítica» viene de la «crítica racional» que se utilizaba en la Ilustración aplicada a la Literatura, la Historia, la Filosofía o el Derecho; y lógicamente supone problemas con el espíritu religioso que anteriormente impregnaba todo. Un curioso intento de conciliar ambas cosas en aquel entonces encontramos en *Apéndice a la obra de doctrinas prácticas del venerable Padre Pedro de Calatayud*, Madrid, 1800, pp. 1 y ss.: «Crítica racional es aquella que estriba en razon, autoridad y principios propios de cada ciencia, arte ó facultad, y á la que acompaña la sincera, prudente y modesta voluntad de hallar la verdad; y así es propio del verdadero crítico discurrir y fundarse sobria y modestamente segun las reglas de la razon, de la fe, ciencia, arte, tradicion, consentimiento común, y autoridad mas ó ménos recibidas, á que defiere, y entónces el crítico es como boca del Señor: *Quasi os Domini separans pretiosum à vili*, que separa lo precioso de lo vil (...). En síntesis, el método de la sana crítica encuentra su fundamento ideológico en el renacimiento y en el iusnaturalismo, y será dotado de contenido por la escuela racionalista de Kant.

de 1846, estableció que el Consejo debía apreciar «según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de las declaraciones».

– La regla 45 de la Ley provisional dictada para la aplicación del Código Penal de 1848, remitía a las reglas ordinarias de la «crítica racional» a la hora de examinar y graduar el valor de las penas.

– El art. 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión, apelaba a «las reglas ordinarias de la crítica racional», a la hora de establecer la certeza de los hechos, teniendo en cuenta los indicios, datos y comprobantes de toda especie que existieran en la causa.

– Y especialmente representativa resulta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en cuyo art. 317 se dispuso que: «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Esta norma permaneció en la LEC de 1881, tanto respecto al interrogatorio de testigos (art. 659 LEC 1881) como, recogida por vez primera, en relación con la prueba pericial (art. 632 LEC 1881).

– Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en su art. 741, determinó lo siguiente: «El Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley». El vigente proceso criminal español invoca, por tanto, a la «conciencia» del órgano juzgador, y remite a «las reglas del criterio racional», en este último caso en relación con la declaración de Autoridades y funcionarios de policía (arts. 741 y 717 LECrim, respectivamente).

– A raíz de la expansión de los sistemas de libre valoración, la norma de la sana crítica se intensifica, y será contemplada en distintos preceptos de la LEC actualmente en vigor: (1/2000 de 7 de enero) para el interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC); los documentos privados no adverbados (art. 326.2 LEC); las copias reprográficas (art. 334.1 LEC); la prueba pericial (art. 348 LEC); el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC); la prueba por instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.3); y la prueba por instrumentos informáticos (art. 384.3 LEC)²¹.

²¹ También han tenido proyección los cánones de la sana crítica en casi todos los países iberoamericanos mediante el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988, a saber: «Art. 130. (*Valoración de la prueba*). Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y con las reglas de la sana crítica salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el Tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando expresamente cuáles de ellos fundan principalmente su decisión. Art. 131. (*Regla de experiencia*). A falta de reglas legales expresas, para deducir del hecho percibido el hecho a probar, el Tribunal aplicará las reglas de la experiencia común, extraídas de la observación de lo que normalmente acaece».

En las leyes anteriormente referidas observamos que no existe una mención expresa que disponga la nulidad de la declaración de un solo testigo y que, por consiguiente, permita eliminar su eficacia y fuerza probatoria en el proceso. El principio del «testigo único, testigo nulo» parece haber desaparecido del Derecho procesal español, pero sin una prohibición específica que lo vede.

IV. LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Enfocando la cuestión hacia la práctica del Tribunal Supremo de Justicia, en diversas resoluciones encuadradas en la segunda mitad del s. XIX, en ocasiones se niega validez al principio, pero también en otros casos se reconoce su existencia, lo que denota una praxis un tanto vacilante²².

Sin embargo, si atendemos a la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, observaremos que el principio jurídico *testis unus testis nullus* ya no tiene significado jurídico alguno en el proceso y que la apreciación de la prueba por parte del juez se fundamenta en las reglas del correcto entendimiento humano –reglas de la sana crítica–. Parece ser ésta la tónica general.

De esta suerte, en el ámbito de la jurisdicción civil, la máxima en análisis parece estar desterrada del proceso. Así lo manifiesta, por ejemplo, la resolución emanada del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en el Caso Heat Mode, SL. Sentencia núm. 207/2013 de 8 abril. RJ 2013\4355²³:

«I. Entre otras, en la sentencia 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 29), y 211/2009, de 26 de noviembre (RTC 2009, 211), el Tribunal Constitucional,

²² Las mencionadas sentencias son recogidas por FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 123 s.

²³ Con anterioridad, la Sentencia de 13 mayo 1985. RJ 1985\2270, apelando primeramente a las reglas de la sana crítica, según lo regulado por la LEC, consideraba que «la doctrina legal contenida, entre otras, en la ya citada sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro y cuatro de enero de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\180), ha establecido que había quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y en general todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba, a lo que es de añadir que la atribución dominical de lo vendido, que el recurrente hace a favor de don Aquilino P., en su contestación a la demanda, ofrecía como medio más hábil para desvirtuarla el de la declaración del expresado señor y que, también, existen otros elementos probatorios a congregar al efecto de sentar que la propiedad de lo enajenado era del actor, cuales son la confesión judicial del demandado al contestar la posición cuarta de las que le fueron formuladas y la circunstancia de que el inventario valorado de lo enajenado, confeccionado por una cuñada del demandado, fue entregado al actor, todo lo que conlleva la desestimación del motivo».

A tenor de Sentencia de 4 enero 1982. RJ 1982\180, «(...) ni infringió el art. 1248 del propio código al sancionar el valor de la prueba testifical en combinación con otros elementos probatorios, habida cuenta, además, que el últimamente citado artículo «es admonitivo y no preceptivo, y que contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales «a quo» en uso de la facultad que tanto dicho artículo como el 659 de la L. E. Civ. los confiere, no se da el recurso de casación, pues ambos artículos dejan al arbitrio

en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), destacó que “concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración”. En la sentencia 55/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 55) –tras referir el error a un “dato fáctico indebidamente declarado como cierto”–, señaló los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de la vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos. En particular, destacó que el error ha de ser determinante de la resolución adoptada –en el sentido de que, “constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo”– y patente –“o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia”–. (...).

II. En aplicación de esa doctrina procede desestimar el motivo, que, al fin, está referido al valor de la declaración de un testigo.

La fuerza probatoria de las declaraciones testificales se determina, en cada caso, según las reglas de la sana crítica –esto es, conforme a normas empíricas de

del Juzgador de instancia, conforme a las reglas de la sana crítica, la graduación de la fuerza de aquella prueba, ya que ha quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba» –SS. de esta Sala de 11 marzo 1961 (RJ 1961\954), 19 junio 1964 (RJ 1964\3287), 25 noviembre 1966 (RJ 1966\5546), 7 febrero 1972 (RJ 1972\475) y 17 diciembre 1974 (RJ 1974\4682), entre otras muy numerosas-, procediendo por lo argumentado la desestimación del tercer motivo del recurso».

En Sentencia núm. 292/1997 de 4 abril. RJ 1997\2639, se pone en tela de juicio el testimonio único, no tanto por tratarse de una sola declaración, a pesar de la incertidumbre que pueda generar, sino por no haber sido valorado dicho testimonio con arreglo a la sana crítica, es decir, teniendo en cuenta el contenido del testimonio, incluso la forma en que ha sido prestado, pero dentro del conjunto de elementos probatorios que existen en la causa, y no primando tal testimonio y obviando otras pruebas que además lo contradicen: «(...) suponiendo como cierto lo afirmado por el único testigo que ha declarado. Testigo al que la Sala de la Audiencia ha dado toda credibilidad a pesar no tan sólo de lo incierto que resulta resolver un pleito por la sola declaración de un testigo («testis unus, testis nullus»), sino por la forma en que se presta su declaración: sólo sabe decir que sí es cierto a lo que son las preguntas y que no es cierto a lo que son las repreguntas, prueba evidente de que fue bien alleccionado previamente. –Sabemos que la apreciación de las pruebas es de la soberanía del juzgador (aquí difieren en su interpretación las dos sentencias pronunciadas) quien la valora conforme a las reglas de la sana crítica sin que pueda oponerse a ello sino como en el presente caso, la vulneración de aquellas reglas de la sana crítica o la contradicción con documentos u otros medios de prueba obrantes en Autos que evidencien la equivocación patente del Juzgador a quien el artículo 1248 del Código Civil, que aquí se invoca, impone el deber de cuidar que por la simple coincidencia de algunos testimonios –y aún más, lógicamente, si se trata de un solo testimonio-, se resuelvan aquellos asuntos en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos o algún principio de prueba por escrito. –La sentencia dictada por la Audiencia, que obvia las pruebas documentales aportadas por esta representación y que refutan la relación de los hechos según vienen planteados en la demanda (como así se reconoce en el escrito de resumen de pruebas de la contraparte), olvida también la testifical incluida en nuestra pieza de pruebas para dar plena credibilidad a un único testimonio que, acreditado queda en autos, falta a la verdad al contestar a las repreguntas 4.ª, 5.ª y 8.ª, donde niego incluso aquello que ha quedado evidenciado documentalmente».

buen sentido— y en consideración a la razón de ciencia que hubieren dado, así como a las circunstancias en ellos concurrentes —artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, con independencia de su número y aunque fuera uno sólo el que hubiera declarado —la regla clásica «testis unus testis nullus», referida en Digesto 48.18.20, no rige en nuestro proceso—.

En todo caso, no se advierte el error patente que denuncian las recurrentes, ya que el testigo a que se refiere el motivo afirmó, sustancialmente, lo que el Tribunal de apelación consideró probado.

Lo que pretenden aquellas, por la vía del artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que el recurso extraordinario se convierta en la llave que abra una nueva instancia y permita revisar la valoración de la prueba practicada en la primera. Lo que no cabe.»

Tal y como recoge la anterior resolución, el análisis de la prueba por el juzgador debe ser realizado con arreglo a los principios elementales de la lógica²⁴ y de la experiencia, es decir, las reglas de la sana crítica, o lo que es lo mismo, conforme a normas empíricas de buen sentido. También es llamativa la remisión que se realiza al fragmento del jurista romano Paulo, Digesto 48.18.20, que, como anteriormente hemos analizado, no declara la nulidad del testimonio de un solo hombre, sino que no sea admitida esta deposición por no tratarse de prueba concluyente.

Las reglas de la sana crítica constituyen un canon de valoración de la prueba. Han sido definidas como «reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior»²⁵.

En lo que atañe a la valoración de la declaración de testigos, en virtud del art. 376 LEC, esa sana crítica que debe regir la actividad evaluadora del juez viene establecida conforme a los parámetros de «la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado»²⁶.

²⁴ Sobre los modelos de lógica factual y de lógica no monotónica en relación con las razones que emplean los jueces a través del sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica, véase LASO CORDERO, J., «Lógica y sana crítica», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 1, 2009, pp. 143-164.

²⁵ ABEL LLUCH, X., «Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXV, 2013-2, pp. 139-140. En palabras de GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. I.º, 2.ª parte, M. Aguilar ed., Madrid, 1947, p. 647, «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una cierta realidad)».

²⁶ Esta regulación ha sido objeto de examen crítico por parte de DE MIRANDA VÁQUEZ, C., «La valoración de la prueba testifical civil a examen» (una revisión crítica del art. 376 LEC), en *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016, pp. 1-37. En síntesis, señalamos algunos aspectos enjuiciados por el citado autor. Primero, pone en tela de juicio el carácter admonitivo de lo preceptuado en el art. 376 LEC, de-

Se tendrán en cuenta, por tanto, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo, y la ocurrencia del mismo hecho, también el cómo, cuándo y dónde se percibió lo declarado, la fuente de la noticia, su conservación, retención y deposición. Asimismo, se tomarán en consideración las circunstancias concurrentes, es decir, las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara, las tachas presentadas (parentesco, interés, amistad, enemistad, dependencia, etc.), que no hacen inidóneo al testigo, pero que sí obliga al juez a actuar con especial cautela²⁷.

En lo atinente a la jurisdicción penal, el derecho a la presunción de inocencia exige para dictar una sentencia condenatoria un *mínimo* de actividad probatoria de cargo, que podría ser considerada como suficiente, y esta prueba podría estimarse como tal, aunque estuviera constituida por un solo testimonio. Derogado el sistema de prueba tasada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo relevante es que exista prueba y que ésta se produzca en el acto del juicio oral; en virtud de esta situación, el principio *testis unus testis nullus* ha perdido toda su vigencia. Es factible, por tanto, que la prueba esté formada por un solo testigo, en el que concurra también la condición de víctima, y no se desestima o rechaza el testimonio único –proceda o no de la víctima–, en tanto en cuanto no existan razones objetivas que invaliden su declaración o que susciten una duda en el Tribunal que no le permita formar su convicción²⁸.

Desde esta perspectiva, encontramos también una significativa sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, 584/2014 de 17 de junio. RJ 2014\3773, donde, el ponente de la misma, el magistrado Antonio

fendiendo su sentido imperativo a tenor de su redacción por el legislador. Después tacha de ambigüedad semántica la expresión «fuerza probatoria», y califica la expresión «reglas de la sana crítica» como un concepto ajurídico indeterminado, que no se encuentran recogidas de forma expresa en la LEC, norma que se limita a realizar una remisión insuficiente y vaga a dichos cánones, sin precisar de qué forma y dónde se hallan. También discute la locución «razón de ciencia», a la que define como un dato, una información determinada que hay que tener en consideración y que no especifica nada más, pero que no constituye una regla. Sigue con su análisis crítico respecto de «las circunstancias concurrentes», que remite a las cualidades del art. 367 LEC, aunque denuncia que el legislador no señala su trascendencia en caso de concurrir. Lo mismo sucede en cuanto a las tachas, que las considera pura información y no reglas que permiten llegar a una conclusión en relación con la fiabilidad del testimonio. En definitiva, reputa de nula utilidad el citado precepto, aportando también una propuesta de reformulación, en la que otorga un valor preponderante a la denominada Psicología del Testimonio, redactando el artículo en los siguientes términos: «Los juzgadores reputarán fiables, o no fiables, a los testigos, en relación con cada hecho sobre el que testimonien, con arreglo a las leyes en materia de Psicología del Testimonio, generalmente aceptadas, en cada momento, por su comunidad científica correspondiente, y aplicarán éstas con sujeción a las pautas que haya fijado dicha disciplina científica, sobre la base de la información que el propio testigo y las restantes pruebas proporcionen sobre la credibilidad del propio deponente».

²⁷ ABEL LLUCH, X., «Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica», en *Diario La ley*, n.º 8658, 3 de diciembre de 2015, pp. 4 ss. A decir del autor, se trata de criterios no tasados, de contenido heterogéneo, orientativos de la valoración judicial, eventualmente concurrentes y de contrastada utilidad.

²⁸ Sentencia de 8 octubre 1990. RJ 1990\7821; Sentencia núm. 672/2013 de 21 junio. RJ 2013\6721.

del Moral García, fundamenta de manera muy prolija la citada resolución en relación con la actividad probatoria a fin de resolver el recurso de casación 2263/2013, interpuesto contra la sentencia 21-10-2013 dictada por la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid²⁹.

En su primer fundamento de derecho el supuesto en cuestión es subsumido en la categoría de «caso difícil» (*hard case*) desde el punto de vista de la valoración probatoria. A partir de la comparación de la sentencia mayoritaria con el voto particular, así como de la contraposición entre los escritos de recurso y de impugnación, emerge un contexto muy complejo, hipótesis contrapuestas y multiplicidad de aristas y recovecos.

Se determina también la competencia de esta instancia judicial (TS), para la que no es posible «revisar el poder convictivo otorgado al acervo probatorio», sino únicamente «testar si ese material era suficiente y concluyente y está racionalmente valorado». O lo que es lo mismo, «si existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente». Fundamentalmente porque este Tribunal no ha presenciado la prueba, y por esta razón no debe interrogarse si ha logrado llegar al estándar de *certeza más allá de toda duda razonable*. Su tarea se centra en analizar la certeza que emana de la sentencia de la AP, si está libre de toda vacilación y si se construye sobre un conjunto probatorio suficiente para haberse formado razonada y razonablemente esa convicción. Además de comprobar que este órgano judicial obtuvo la prueba de forma legalmente adecuada y respetando el derecho a la presunción de inocencia.

La misma naturaleza extraordinaria que se atribuye al recurso de casación, frente a la clásica apelación, obliga a esta instancia judicial a mantener un equilibrio, sin duda complicado, entre el menester de otorgar tutela judicial efectiva a quien la solicita al TS y la obligación de no invadir las competencias que radican, según el legislador, en el Tribunal de Instancia en relación con la valoración de la prueba.

²⁹ En esta misma línea discursiva que adopta la mencionada resolución en relación con el axioma en análisis, se sitúan, entre otras, las siguientes decisiones del TS: Sentencia núm. 99/2018 de 28 febrero. RJ 2018\859; Sentencia núm. 217/2018 de 8 mayo. RJ 2018\2256; Sentencia núm. 337/2018 de 5 julio. RJ 2018\2941; Sentencia núm. 410/2018 de 19 septiembre. RJ 2018\4019; Sentencia núm. 29/2017 de 25 enero. RJ 2017\289; Sentencia núm. 255/2017 de 6 abril. RJ 2017\1668; Sentencia núm. 255/2017 de 6 abril. RJ 2017\1809; Sentencia núm. 764/2017 de 27 noviembre. RJ 2017\5315; Sentencia núm. 653/2016 de 15 julio. RJ 2016\3410; Sentencia núm. 870/2016 de 18 noviembre. RJ 2016\5609; Sentencia núm. 88/2015 de 17 febrero. RJ 2015\571; Sentencia núm. 734/2015 de 3 noviembre. RJ 2015\5265; Sentencia núm. 803/2015 de 9 diciembre. RJ 2015\6231; Sentencia núm. 794/2014 de 4 diciembre. RJ 2014\6264.

En el segundo fundamento de derecho se señalan como violación del derecho a la presunción de inocencia los casos en que no existan «pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo». Una misma actividad probatoria puede dar lugar a discrepancias en jueces igualmente imparciales, y esto no resulta incompatible con la presunción de inocencia. Y una sentencia condenatoria debe apoyarse en la prueba concluyente y en la certeza personal del juez, que «no es seguridad matemática ni se contrapone a dudas concebibles en abstracto».

Asimismo, primeramente, corresponde en casación al Alto Tribunal filtrar los elementos probatorios a fin extraer y dejar fuera de los mismos la prueba que resulte ilícita o no utilizable al haber sido practicada fuera del marco de las garantías necesarias de contradicción y publicidad. Después será valorado el restante material probatorio con el objetivo de comprobar «si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad». Y, por último, «testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica (juicio de *racionalidad*)».

A la posibilidad de que la prueba testifical desactive la presunción de inocencia, aunque aquella sea única y emane de la víctima, se alude en el tercer fundamento. Es en este punto donde la resolución se refiere expresamente al antiguo principio *testis unus testis nullus*, axioma que ha sido «felizmente» abandonado en el moderno proceso penal, fruto de una evolución que ha puesto de manifiesto los inconvenientes derivados de una valoración de la prueba condicionada por rígidos moldes legales que se alejan de las reglas de la experiencia y de la lógica, es decir, del sistema de valoración racional. Se consideran ya superados los tiempos en que se afirmaba que *testimonium unius non valet*, rechazando la prueba única, en la medida en que era concebida insuficiente según la ley y no por la valoración del órgano judicial. De manera que si la prueba esencial es básicamente un testimonio –el de la víctima–, esta situación se corresponde bien con la presunción de inocencia, es decir, no resulta incompatible.

Especialmente interesantes resultan los siguientes párrafos del citado fundamento que transcribimos a continuación:

«La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo», a modo de un acto de fe ciego.

– En los casos de “declaración contra declaración” (aunque normalmente no aparecen supuestos de esa forma pura y desnuda, ayuna de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda, respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica cuyas exigencias se acrecientan. Así lo sostiene la jurisprudencia a semejanza de otros Tribunales de nuestro entorno. (por todos, doctrina del BGH).

– No sería de recibo un argumento que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en el riesgo de impunidad. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*”, (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado “ninguna prueba”, la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron severas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La añeja Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX habló, por primera vez en aquel Tribunal de la presunción de inocencia –caso *Coffin v. United States* –, evocaba un suceso tomado del Derecho romano que es pertinente recordar. Cuando el acusador se dirigió al Emperador diciendo “... *si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?*”, recibió esta réplica “*Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?*”».

Se exige, según el fundamento cuarto de la resolución, una motivación fáctica reforzada para que la testifical de la víctima resulte prueba suficiente para condenar. En este escenario juega un papel fundamental el así llamado triple test establecido por la jurisprudencia a la hora de evaluar la verosimilitud de la atestación del testigo víctima, a saber: persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores y ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva³⁰. Ahora bien, esto no quiere decir que se tenga que dar crédito al testimonio por imperativo legal cuando se cumplan las tres condiciones mencionadas. Como tampoco equivale a decir que en ausencia de una o varias, la prueba no pueda ser objeto de valoración y, *ex lege*, se considere insuficiente para fundar una condena. Asimismo, cabe también la posibilidad de una sentencia de condena que tenga como prueba esencial la única declaración de la víctima. Y todos estos supuestos son posibles siempre y cuando el Tribunal juzgador analice cada uno de los datos de que dispone y justifique por qué no tiene dudas sobre los hechos y la autoría.

En esta línea argumental jurídica, según Sentencia núm. 451/2015 de 14 julio. RJ 2015\3594, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del TS, es inadmisibles la idea de que la convicción íntima formada con intermediación baste

³⁰ Téngase en cuenta en este punto una reciente sentencia que explica muy prolijamente los presupuestos que ha de tener en cuenta el Tribunal en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima, Sentencia núm. 119/2019 de 6 marzo. RJ 2019\868.

para condenar. El Alto Tribunal pone en tela de juicio las afirmaciones derivadas del Tribunal de Instancia cuando éste afirma que «la testifical de la víctima basta para enervar la presunción de inocencia, que puede ser destruida por la sola declaración de la persona perjudicada, pues ya no rige el viejo axioma *testis unus testis nullus*». El hecho de que los miembros del Tribunal estén íntimamente convencidos de que los hechos sucedieron de un determinado modo, a partir de una única fuente probatoria, en este caso el testimonio de la víctima, descartando el resultado de cualquier otra prueba, no les dispensa de expresar el porqué de su resolución. Pues, no se puede afirmar que la declaración de la víctima tenga el carácter de prueba privilegiada, prevaleciendo sobre cualquier otra.

Como se desprende de esta resolución del TS, la declaración de la víctima podrá funcionar como prueba, pero solo según resulte de la evaluación de la calidad de los datos que proporcione, siendo estos contrastados en el contexto del resto de informaciones obtenidas de otras fuentes. La valoración de la prueba por parte del Tribunal ha de formularse explícitamente y ha de dar cuenta expresamente del hilo argumental que ha guiado la decisión, además, por supuesto, de estar dotada de la imprescindible racionalidad. Se trata de un discurso motivado, basado en elementos probatorios racionalmente obtenidos, dejando de lado los frutos de la intuición o de procesos psicológicos que no se han formado de modo razonado. Luego, cada aserto tendrá un sustento claro en elementos de prueba, para de este modo conocer de dónde viene y por qué. En definitiva, los datos probatorios deberán cruzarse con el objetivo de obtener hechos probados, razonando el porqué de la conclusión alcanzada.

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 noviembre 1989. RJ 1989\7999, también señala la no vigencia en nuestro derecho del brocardo *testis unus testis nullus* y, poniendo en relación el artículo 1248 CC con el artículo 659 LEC, deduce que el juzgador apreciará las declaraciones testificales de acuerdo con las reglas de la sana crítica, al mismo tiempo que recuerda que al magistrado se le encomienda, según el artículo 89 LPL, la redacción de hechos probados, apreciando los elementos de convicción³¹.

³¹ En el ámbito de la jurisdicción social del Tribunal Supremo, la inefectividad del citado aforismo, como la de todos los preceptos del antiguo Derecho tasando el valor de la prueba testifical, la atribución a los Jueces y Tribunales de la facultad de apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones testificales conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurran, se contemplan también en diversas resoluciones: Sentencia de 26 septiembre 1988. RJ 1988\7109; Sentencia de 15 julio 1987. RJ 1987\5388; Sentencia de 13 mayo 1986. RJ 1986\2538; Sentencia de 31 enero 1985. RJ 1985\137.

En el ámbito contencioso-administrativo, tal y como asevera el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 diciembre 1990. RJ 1990\9651, refiriéndose a la deposición de un solo testigo en el supuesto enjuiciado, carece de total virtualidad, no por el hecho de tratarse de un único testigo, pues la doctrina de *unus testis nullus testis* no se encuentra vigente en nuestro derecho procesal, sino por presunción de parcialidad e interés³².

En las resoluciones judiciales anteriormente referidas, que proceden de diversos órdenes jurisdiccionales bajo la competencia del TS, advertimos que la regla en análisis no se aplica. Al mismo tiempo, en estas sentencias, relativas a litigios donde la prueba pivota en torno al testimonio único, son numerosas las llamadas del Alto Tribunal a las reglas de la sana crítica en relación con la función de valoración de la prueba atribuida al juzgador. Esto significa que el juez no puede actuar discrecional o arbitrariamente, antes bien su convicción ha de conformarse atendiendo a los parámetros de la lógica y de la experiencia. Esta fórmula se ubica fuera de la excesiva rigidez del sistema de prueba tasada y se aleja al mismo tiempo de la desmedida incertidumbre a la que puede conducir la libre convicción, adoptando una posición intermedia.

Al juez, por tanto, se le exige un mayor grado de ponderación o apreciación de conciencia respecto a la prueba testimonial que puede aportar el testigo único, pero esto no entraña su descalificación procedimental. El canon de la sana crítica implica atender a la exactitud y credibilidad de la declaración, no al número de testigos presentados, y la razón estriba en que «todo enjuiciamiento es esencialmente valorativo, y por ello la admisión de una u otra versión no debe resolverse por el número de testimonios a favor o en contra, porque los testimonios se pesan, no se cuentan»³³. En ocasiones podrá suceder que testimonios vacilantes, dubitativos u opuestos de varios testigos sean menos convincentes que la firme declaración de un solo testigo.

En todo caso, reiteramos que las resoluciones judiciales deben ser siempre motivadas, observándose además de las reglas jurídicas, también las derivadas de la lógica y de la razón, incidiendo tanto en los elementos fácticos como jurídicos del pleito³⁴. Así, se exige al órgano juzgador un grado de expli-

³² Vid. asimismo, Sentencia de 2 diciembre 1988. RJ 1988\9311.

³³ A tenor de lo preceptuado por la Sala de lo Penal (Sección 1.ª) en STS núm. 436/2018 de 28 septiembre. RJ 2018\5401, que remite a la doctrina fijada por esta misma sala en Sentencia núm. 1179/2001 de 20 julio. RJ 2001\4945.

³⁴ Art. 218. 2 LEC en conexión con el art. 120.3. CE. Asimismo, la STS de 12 de noviembre de 2010. RJ 2010\8051, en el ámbito civil, dice: «porque la exigencia del art. 218.2 «in fine», de la LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica». En la esfera penal, resulta ilustrativo lo declarado en STS de 29 de enero de 1988. RJ 1988\506, «la estimación en conciencia a que se refiere el precepto

cación y motivación suficiente del proceso deductivo que ha llevado a cabo al valorar las declaraciones testificales, siguiendo los dictados de la razón y la lógica, con base a su intermediación material –principio de intermediación–³⁵.

Efectivamente, la motivación es un requisito jurídico de las decisiones judiciales que desemboca en la racionalización de la convicción judicial³⁶. Cumple además una función de garantía³⁷, pues se basa en el conocimiento

penal [741 LECrim.] no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso».

El deber de motivar las sentencias está también en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional. Sirva como ejemplo lo señalado en Sentencia núm. 122/1991 de 3 junio. RTC 1991\122: «es también oportuno considerar que la mayor efectividad que merecen los derechos fundamentales obliga, a utilizar en esa indagación de la suficiencia de la motivación, criterios materiales que impidan aceptar como válidas meras apariencias de motivación, que, por su significado puramente formalista frustren la real efectividad del derecho a la motivación, para cuya satisfacción se requiere que la resolución recurrida, contemplada en el conjunto procesal del que forma parte, permita identificar cuáles son las normas que se aplican y cuál ha sido el juicio lógico que, fundado en criterios jurídicos razonables, ha presidido la articulación o subsunción del hecho concreto en el precepto normativo de que se trate, interpretado siempre en el sentido más favorable a la especial fuerza vinculante que caracteriza a los derechos fundamentales, lo cual supone, de otro lado, que deba descartarse la validez de aquellas motivaciones en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que al mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho, pues en tales supuestos no existirá garantía alguna de que la resolución judicial haya sido adoptada conforme a criterios objetivos razonables y fundados en Derecho, tal y como requiere el derecho a la tutela judicial efectiva, que no consiente decisiones que merezcan la calificación de arbitrarias, por carecer de explicación alguna o venir fundadas en explicaciones irrazonables».

³⁵ STS núm. 436/2018 de 28 septiembre. RJ 2018\5401, mencionada *supra*.

³⁶ Desde el plano de la filosofía del derecho, se han realizado relevantes aportaciones, relativamente recientes, al enfoque racionalista de la prueba, cuyo análisis se ha centrado en las nociones jurídicas de los hechos en el proceso, de la prueba, de la decisión judicial y de la verdad, realizando una nueva lectura de las categorías epistemológicas, lógicas, de la teoría de la argumentación, etc., reflexiones teóricas que pueden encaminar y orientar la práctica de los Tribunales en lo que a la actividad probatoria se refiere. *Vid.* por ejemplo, FERRER BELTRÁN, J., *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, 2016; id., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; id., *Prueba y verdad en el derecho*, 2.º ed., Madrid, 2005; ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, 2009; GONZÁLEZ LAGIER, D., «La prueba de la intención y la explicación de la acción», en *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, n.º 35, 2006, pp. 173-192; id., «La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínimas», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 68, 2005, pp. 31-61; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2.º ed., Madrid, 2004; IGARTUA SALAVERRÍA, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, 2009; id., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, 2003; id., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «La valoración de las pruebas personales y el estándar de duda razonable», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 15, 2007, pp. 1-12; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación jurídica*, 1.º ed., 4.ª reimp., Madrid, 2016; id., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, 1.ª ed., 2.ª imp., Barcelona, 2015; GÓMEZ GARCÍA, J. A., *La argumentación jurídica teórica y práctica*, Madrid, 2017.

³⁷ A juicio de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4.ª ed., Madrid, 2000, pp. 622 y 623, la motivación es una «garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG», lo que en definitiva sirve como aval y legitimidad de las decisiones

probatorio inferencial que, a su vez, está dotado de un discurso justificativo en el cual se explican las premisas fácticas y jurídicas en las que se sustenta el fallo. Según Ferrajoli, encontramos vestigios del principio *reddere rationem* de las sentencias en los magistrados romanos, en las jurisdicciones estatutarias y en la eclesiástica de la Santa Inquisición, y será sancionado legalmente en el antiguo Derecho francés³⁸.

V. CONCLUSIONES COMPARATIVAS

Si volvemos de nuevo la mirada al Derecho romano clásico, constatamos que en la valoración de la prueba por parte del juez gobierna el principio de libre apreciación, pero no de forma categórica o rotunda, ya que el juez no está constreñido por reglas rígidas que determinen el valor que se deba otorgar a la prueba testimonial, como tampoco decide únicamente apoyándose en su fuero interno. Ello se deduce de los textos analizados al inicio de este trabajo, cargados de razonables apreciaciones, indicaciones y reflexiones de los antiguos jurisconsultos romanos a fin de orientar al juzgador en la valoración de los testimonios e impedir que caiga en una absoluta arbitrariedad, en una especie de poder omnímodo. Este sistema ecléctico se aproxima al método de la sana crítica presente en nuestro derecho actual, como corrobora la jurisprudencia consultada del Alto Tribunal, y transita entre la prueba legal y la libre convicción.

judiciales, en tanto estas se encuentran formadas por asertos susceptibles de ser verificables y refutables, aunque sea de forma aproximativa. Según el mencionado autor, la motivación asegura el control de legalidad y el nexo entre convicción y pruebas, y constituye una garantía de defensa («valor endo-procesal») y una garantía de publicidad (valor «extra-procesal»). Se apoya, además, en la «convicción razonada», frente a la «convicción autocrática» que encuentra su fundamento en la mera «inspiración del sentimiento». Es, en definitiva, el más importante «parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial». Para GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 199, la exigencia de motivación constituye indirectamente una garantía epistemológica al facilitar un control sobre el irreductible ámbito de discrecionalidad de la libre valoración, se trata, por tanto, de una «garantía de cierre del sistema cognoscitivista». Y, como declara TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 435, a través de la motivación puede ejercerse un control *ex post* sobre la racionalidad de la decisión judicial.

³⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, cit., p. 622. Como explica el eminente jurista italiano, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 de septiembre de 1774; después por el artículo 3 de la «Ordonnance criminelle» de Luis XVI de 1 de mayo de 1788; posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y de 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución Francesa de 1795, y por fin recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos.

De la comparativa realizada se pueden extraer algunas conclusiones especialmente clarificadoras:

– Al igual que sucede en la praxis jurídica actual, y así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus distintas jurisdicciones, en el Derecho romano clásico no se descalifica el testimonio único, tampoco se considera nulo, pero se tiene más cautela ante el mismo y, además, se ha de valorar en concurrencia con las demás fuentes probatorias, exigiéndose una motivación reforzada en su apreciación por parte del juez.

– Los fragmentos estudiados del Digesto ponen de relieve cómo el juez ha de valorar la prueba testifical, apreciando, no la cantidad de la prueba, sino la calidad de ésta, es decir, tendrá que considerar los testimonios más aptos, aquellos que cuenten con la luz de la mejor verdad, y no primará el número de testimonios. Esta directriz está presente, como hemos visto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando este afirma el carácter valorativo de todo enjuiciamiento en el sentido de estimar los testimonios en atención a su peso y no a su número, prevaleciendo la calidad frente a la cantidad de prueba practicada.

– Según los textos clásicos, se debe examinar escrupulosamente la veracidad de los testigos con el objetivo de determinar que la deposición no sea sospechosa, *o por la persona por la que se hace, porque sea honrada, o por la causa, porque no sea causa ni lucro, ni de favor, ni de enemistad*, puesto que en caso de ser así, *el testigo ha de ser admitido*. Estos factores de indagación, muy próximos en su contenido a los parámetros actuales establecidos a tal fin, sirven de guía al juzgador, de la misma forma que los órganos judiciales actuales se rigen por lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de apreciar la idoneidad del testigo y, por ende, la fuerza probatoria de su declaración. Pensemos especialmente en el art. 367 LEC³⁹ que versa sobre las preguntas generales a través de las cuales, en todo caso, el Tribunal interpelará al testigo antes de iniciar su deposición y que recaen sobre extremos fundamentalmente enfocados en averiguar su imparcialidad, y que asimismo resultan ser similares a los establecidos en los textos romanos, como por ejemplo, el vínculo familiar o de otro tipo que pudiera tener el testigo con los litigantes (también con sus respectivos abogados y procuradores), si tiene algún interés en el asunto, si media amistad o enemistad con las partes y sus respectivas representaciones en el juicio, si ha sido condenado por falso testimonio, etc.

³⁹ En relación con el art. 376. Valoración de las declaraciones de testigos, y con el art. 377. Tachas de los testigos.

– También los jurisconsultos romanos tuvieron en cuenta la relevancia del contacto directo en audiencia del juez con los elementos probatorios, en este caso con los testigos, para así poder tener un conocimiento cabal de lo actuado en este tipo de audiencias. Por ello, el juez, además de tener en cuenta quienes son los testigos, su dignidad y reputación, tendrá que prestar atención a quienes testificaron con un modo de hablar sencillo, ausente de contradicciones y aportando de forma inmediata respuestas verosímiles, pues estas circunstancias contribuyen a dilucidar la veracidad de sus declaraciones. Esto conecta con el principio de intermediación procesal –elemento integrante del debido proceso en nuestro Derecho vigente– que supone la percepción directa de la práctica de la prueba por parte del órgano judicial para poder tener un total conocimiento y formar su convicción.

– Asimismo, la preeminencia que se otorga a los testigos, que parecen ser los únicos dignos de crédito, frente a los testimonios escritos, según las instrucciones adrianeas, evidencia el relevante papel que desempeñaban las pruebas obtenidas de manera directa e inmediata, al asegurar una reciente formación del convencimiento del juez, en consonancia con el principio de oralidad que, además, en nuestro derecho procesal se erige como una exigencia constitucional (art. 120.2 CE) que debe darse en todos los procedimientos judiciales, especialmente en la justicia penal, y que afecta en gran medida a las pruebas personales, donde la fuente probatoria es una persona que interviene en el proceso, normalmente, a través del mecanismo de la palabra hablada, y a la que le serán formuladas oralmente las preguntas que procedan.

– Del mismo modo, según otro mandato de Adriano, el conocimiento del juez no puede limitarse a una sola especie de prueba, sino que atenderá al dictamen de su conciencia a la hora de estimar qué es lo que cree o le parece poco probado, ya que, según el emperador, no se puede definir suficientemente con ninguna regla qué argumentos bastan para probar una cosa cualquiera. Ciertamente, este precepto conecta con la práctica jurídica vigente, según la cual la fuerza probatoria de los distintos medios de prueba aportados la confiere el juez en función de un *iter* razonado. En consecuencia, el juez delimita el conjunto probatorio y después valora lo que de él se pueda racionalmente inferir.

Para finalizar, rememorando las palabras de Bentham, si es verdad que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia, entonces podemos concluir que probablemente la prueba testifical es, y ha sido, para los sistemas jurídicos la más controvertida en cuanto a su valoración por el órgano jurisdiccional y, sin duda, la más frágil cuando ésta depende del testimonio de un solo testigo.

**LA HUELLA DEL *IUS COMMUNE* EN LOS FUEROS
JURISDICCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA
CIVIL Y MERCANTIL**

*The trace of ius commune in the jurisdiction rules of the European Union
in the field of Civil and Commercial Law*

JUAN RAMÓN ROBLES REYES
Universidad de Murcia (España)

Resumen: Los juristas romanos establecieron criterios de competencia jurisdiccional para determinar ante qué magistrados o jueces habían de tramitarse los procedimientos. El Reglamento Bruselas I-Bis 1215/212 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil parte del domicilio del demandado –*forum domicilii*– como criterio básico, estableciendo posteriormente especialidades y fueros exclusivos, sin separarse significativamente de los criterios recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*.

Palabras clave: *forum domicilii*, competencia judicial, Reglamento Bruselas I bis, foros jurisdiccionales UE.

Abstract: Roman jurists established jurisdictional rules for the determination of the judges and magistrates to whom judicial proceedings should be assigned. The starting point of Brussels I-Bis Regulation 1215/212 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (and others related), is the defendant's domicile (*forum domicilii*) as the basic criteria. After that, it establishes specialties and exclusive jurisdictions, but it does not significantly differ from the criteria set forth in *Corpus Iuris Civilis*.

Keywords: *forum domicilii*, legal jurisdiction, Brussels I-Bis Regulation, EU jurisdiction forum, EU competence courts.

SUMARIO: I.—Importancia de las normas competenciales del *ius commune* en el derecho de la UE. II.—Fueros jurisdiccionales en el *Corpus Iuris Civilis* y Partidas. *Forum domicilii* y Fueros especiales. III.—La competencia jurisdiccional en los orígenes de la UE. IV.—Evolución de la normativa de la UE en materia de competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. V.—Fueros jurisdiccionales especiales y exclusivos. Una visión comparativa entre la normativa vigente y la recogida en el *C.I.C.* VI.—Reflexiones finales.

I. IMPORTANCIA DE LAS NORMAS COMPETENCIALES DEL *IUS COMMUNE* EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ¹

La sensación colectiva de que vivimos en un mundo en el que hay ideas, intereses y principios que unen más allá de las fronteras existió en la Baja Edad Media, del mismo modo que sucede en la actualidad en el espacio de la Unión Europea. Al igual que entonces, el Derecho se fue gestando de forma progresiva, partiendo de unas normas precedentes que conformaron un cuerpo jurídico sólido. En este entramado jurídico revistieron gran importancia las normas procesales que atribuían competencia para conocer los procedimientos judiciales a unos magistrados con preferencia respecto a otros. La atribución de esta competencia jurisdiccional era tema de gran importancia en una sociedad en la que el órgano juzgador cambiaba en función del sexo, oficio, origen o fuero de los litigantes, así como en función de la materia sobre la versase el litigio.

La creación del Sacro Imperio Romano Germánico, legitimado con la coronación de Carlomagno en la navidad del año 800, no fue el momento en el que se dejó sentir con más necesidad la recepción de las normas romanas clásicas. Fue a partir del siglo once cuando la reactivación de la economía y la vuelta de la población rural a las ciudades precisó de un nuevo tipo de normas que resolvieran los innumerables litigios civiles y mercantiles que se generaban. En la cristiana Europa no era posible aplicar otro derecho que no fuese el

¹ Sobre competencia jurisdiccional en Roma *vid.* GIRARD, P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, París, 1901; AMARELLI, F., *Locus solutionis. Contributo alla teoria dell'uogo dell'adempimento in diritto romano*, Milán, 1984; DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, Nápoles, 1966; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986; KASSER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966 (reed. 1996); PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano*, Milán, 1961; LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana, II. Les legis actiones*, Bolonia, 1947; MASSOL, *Du lieu du paiement et du lieu de la competence dans les cas de paiement en droit romain et droit française*, París, 1982; MOMMSEN, T. H., *Le droit public romain*, trad. Paul Frédéric Girard, París, 1887 (reimp. 1984); DE ROBERTIS, F., *La disciplina della responsabilità nel sistema della Compilazione Giustiniana*, Bari, 1964; TORRENT, A., *La iurisdicción de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970; ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Murcia, 2003.

inspirado por sus principios religiosos² pero, al mismo tiempo, las ordalías, justicia feudal y municipal se mostraban inadecuadas e ineficaces ante la complejidad jurídica de las nuevas relaciones mercantiles y el empuje del derecho emanado del rey.

En esta nueva situación, el espíritu de universalidad que animaba el *ius commune* favoreció la recepción de principios procesales que aportaban seguridad jurídica cuando en los litigios intervenían sujetos de distintos reinos, derecho o fueros. Los delitos de sangre seguían en manos de la jurisdicción real y los jueces del lugar de su comisión, pero es en los pleitos civiles, de propiedad, herencia o familia donde se manifestaba más la complejidad y diversidad de lugares donde tramitar los litigios. Esta fue la causa por la que los legisladores hubieron de recurrir a los fueros jurisdiccionales tradicionales, como el *forum delicti commissi*, *forum rei sitae*, y, sobre todos ellos, el *forum domicilii*, como el criterio que se impuso sobre todos los demás a la hora de determinar el fuero en que debía de desarrollarse el litigio. Junto a todos ellos, y como recurso cercano al pueblo, rápido y más barato, se mantuvo la institución del arbitraje, permitiendo la sumisión a obispos, amigables componedores o árbitros³ que, al igual que en siglos anteriores, evitaba a las partes los desplazamientos y gastos propios de un litigio.

La codificación no fue ajena a los fueros jurisdiccionales tradicionales y, lejos de relegarlos, los hizo piedra angular de su regulación procesal. Prueba de ello es que en la actualidad los Reglamentos de la Unión Europea que regulan multitud de aspectos esenciales, como son los relacionados con familia, contratos o responsabilidad, recurren a las mismas soluciones que se adoptaron en la antigua Roma o en la Edad Media europea. El más claro ejemplo, y tiene una gran importancia por el número de cuestiones que regula, es el Reglamento Bruselas I-Bis 1215/2012 *relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Este reglamento viene a determinar en cada litigio sobre materia civil y mercantil quiénes pueden y ante qué jueces deben litigar. Se vuelven de nuevo los ojos a los siglos precedentes, honrando y «sirviéndose» del buen hacer de los juristas medievales y clásicos.

² De acuerdo con las creencias y estructura social imperante, la jurisdicción eclesiástica mantuvo un gran desarrollo, como ya había sucedido en el Bajo Imperio. Sobre *episcopalis audientia* vid. VISMARA, G., *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Milán, 1937; CUENA BOY, F., *La episcopalis audientia. La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos*, Valladolid, 1985.

³ Para un estudio sobre la evolución del arbitraje a lo largo de la historia hasta la actualidad vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, 2017.

II. FUEROS JURISDICCIONALES EN EL *CORPUS IURIS CIVILIS* Y PARTIDAS. *FORUM DOMICILII* Y FUEROS ESPECIALES

A pesar del encomiable texto recogido D.5.1.59⁴, en donde se señala que *si no se llegase a un acuerdo se debe de atender a la comodidad de los litigantes*, lo cierto es que resulta difícilmente conciliable la comodidad de ambos litigantes a la hora de afrontar un procedimiento judicial. Por ello, y salvo la sumisión a un órgano juzgador elegido libremente por las partes, es necesario establecer un lugar para el desarrollo del proceso que, en la mayoría de los casos, beneficiará más a uno de los litigantes. El desarrollo legislativo y jurisprudencial elaborado a lo largo de los siglos ha establecido como punto de partida en materia de competencia jurisdiccional civil y mercantil, de una forma meridiana, aunque algunos autores consideren que debe actualizarse y ser revisado, el *forum domicilii*⁵. Su prioritaria aplicación no plantea dudas en derecho romano, tanto para el ejercicio de acciones personales como reales:

– C.3.19.3 (*Grat. Val., Theod.* 385): *Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio.*

– C.3.13.2 (*Diocl. Max.*293): *Iures ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.*

En ambas constituciones se invoca el *forum domicilii* de forma prioritaria, del mismo modo que también se recoge el deseo de los demandantes de cambiar el fuero y atraer hacia sí el conocimiento de los litigios. La respuesta de los emperadores, recogiendo la práctica jurídica precedente es negar de forma expresa la solicitud, aunque el demandado hubiere cambiado de domicilio desde el momento de la perfección del contrato⁶. Esta solución era ajustada a derecho y de amplia aplicación en una sociedad en la que todavía no había un gran desarrollo del comercio y el domicilio de los contratantes no estaba alejado del lugar de contratación o del pago, pero, cuando Roma se convirtió en el gran imperio que globalizó productos, contratación y normativa

⁴ *Ulp.* 51 *com. ad Sab.* D.5.15.59.

⁵ Rgto. Bruselas I-bis, Cons.13 concluye que las normas del reglamento deben de aplicarse en atención al domicilio del demandado ya que debe de existir *conexión entre los procedimientos y el territorio de los Estados miembros*. En palabras del Rgto. 44/2001, el *forum domicilii* es necesario *para facilitar una buena administración de justicia*.

⁶ Nov.69.1. *Iust.* Porque *¿qué cosa más dura habrá que el lesionado acaso por habérsele quitado un buey, o un caballo.. o una gallina doméstica, sea obligado, no a litigar en la provincia en que le quitan, sino a correr a otra.*

jurídica, fue preciso crear la llamada acción arbitraria o *actio eo quod certo loco dari oportet*. En virtud de esta acción el obligado al pago en un lugar, si no lo hacía y variaba el domicilio para evitar ser demandado, podía serlo en el último lugar donde habitare. (C.3.19.18. *Alex. 225: Qui certo loco se solutum pecuniam obligat, si solutionis datis nos fecerit, arbitraria actione et in ali loco potest conveniri.*)⁷.

En la legislación comunitaria tampoco hay duda de la prioridad otorgada al *forum domicilii* como criterio básico⁸ frente a las especialidades y excepciones al mismo. Todos los reglamentos que se han aprobado por los órganos comunitarios citan de forma reiterada el domicilio, ya fuere como obligatorio o alternativo. A tal efecto y, sólo en aras de la eficacia, nos remitiremos al reglamento vigente, Bruselas I-bis, ya que recoge el articulado precedente y permite analizar cómo el legislador decidió dar solución a la espinosa cuestión de atribuir la competencia a unos jueces u otros sin que ninguno se sintiese agraviado. Su formulación se puede leer en el art. 4, sec.1, cap. 1 del citado texto. En él se unen domicilio y soberanía, ya que se enuncia el sometimiento a los tribunales de un estado a las personas que tengan su domicilio allí, cualquiera que fuere su nacionalidad. Incluso para los no domiciliados allí, será el estado miembro el que aplique sus normas de competencia. Como han señalado muchos autores, y recoge de forma magistral J. Carrascosa González, desde los primeros textos jurídicos se ha aceptado, casi intocable y sacrosanto, el *forum domicilii* como criterio fundamental y básico en materia de competencia jurisdiccional⁹. Como cita este autor, fueron muchos los fundamentos que dieron lugar a la elección de este fuero como básico a la hora de litigar. De una parte, estaba el principio de soberanía, ya que se atraía a la jurisdicción del gobernan-

⁷ En el mismo sentido vid, *Gai. 9 ed. prov.* D.13.4.1, relativo a la reclamación en distinto lugar respecto al que se contrató por cambio de domicilio.

⁸ En el texto comunitario Rgto. Bruselas I– bis se mantiene la posibilidad de acudir a la sumisión voluntaria de las partes a un tribunal de la Unión. En el capítulo relativo a la prórroga de la competencia, arts. 25 y ss. se señala que la validez del acuerdo atributivo de competencia será considerando como parte independiente respecto a las cláusulas del contrato, de manera que el acuerdo de sumisión no podrá ser impugnado atendiendo a la invalidez del contrato. Este matiz es de gran importancia, por cuanto era frecuente intentar vulnerar la aplicación del arbitraje con el pretexto de solicitar la nulidad de cláusulas del mismo.

⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-Bis 1215/2012». Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei», *Cuadernos de Derecho Internacional* (marzo 2019), Vol. 11, n.º1, realiza un profundo estudio en el que afirma que este principio pudo tener su justificación en una época histórica, en la actualidad ha devenido ineficiente y nunca absoluto o principal. No sólo porque el coste del «viaje procesal» puede perjudicar injustamente al demandante, sino porque, entre otros motivos, pueden no estar los bienes o intereses en juego en el ámbito del domicilio del demandado, siendo más justo acudir a un tribunal próximo a ambas partes, o en el caso de una eventual condena, los bienes a embargar se hallasen fuera de la soberanía del juzgador. Todo ello redundaría, en su opinión, en un perjuicio para el comercio y litigación internacional.

te y sus jueces la tramitación del proceso en el que se demandaba a uno de sus ciudadanos. Además, se desarrollaba el mismo de acuerdo con las normas del soberano del lugar que, de otra parte, podía ejecutar la sentencia por ser quien tenía la autoridad sobre la persona del demandado. Otros argumentos, no menos importantes, eran que obligar al demandado a litigar en el fuero del demandante suponía destruir la presunción de inocencia que le protegía hasta que hubiera sentencia en contra. Al mismo tiempo, obligar al demandado a desplazarse al lugar donde tuviera el demandante sus propios jueces le podría obligar a desistir de procedimientos costosos que sólo los ricos podrían pagar, ganando siempre los pleitos los demandantes adinerados. A ello se añade que el demandado, a quien nadie había condenado por ningún concepto, se le obligaba a litigar con unas normas que desconocía y, en muchas ocasiones, en una lengua que tampoco entendía. Es indudable que dicho principio puede ser injusto, dado que el incumplidor puede ser el demandado y valerse de todos los medios que le otorga el derecho para afrontar un procedimiento en una situación ventajosa frente al demandante cumplidor. En este sentido se manifiesta Puchta cuando se trata de créditos que hayan de ser satisfechos en el domicilio del acreedor¹⁰. De otra parte, se abre un tema de gran importancia como es de definir qué se ha de entender como domicilio del deudor¹¹. Este tema es de vital importancia en aquellos casos en los que el deudor, o bien no tiene domicilio, tiene dos, o bien cambia de domicilio de forma maliciosa para retrasar o hacer inútiles las legítimas expectativas del demandante en orden a seguir un proceso en el lugar esperado en el momento del contrato. Los textos comunitarios han resuelto el tema remitiéndose a las legislaciones nacionales, prescribiendo que las personas domiciliadas en un estado miembro, sea cual fuere su nacionalidad, se someterán a las normas del estado miembro. En Roma la cuestión devino más compleja por la existencia de mercaderes que vivían negociando de un lugar a otro sin domicilio, los diferentes estatus y condiciones jurídico-sociales, la diversidad de estatutos personales, incluido el municipal, pero, sobre todo, por el transcurso del tiempo y la subsiguiente sucesión de situaciones jurídicas de los pobladores del imperio. Es de vital importancia recordar que durante siglos hubo ciudadanos y no ciudadanos. Los primeros tenían el mismo estatuto jurídico en todo el imperio, pero que no era lo mismo vivir en Roma que en las provincias o municipios, en donde había que poner en relación las normas municipales con

¹⁰ PUCHTA, G. F., *Pandekten*, Leipzig, 1877.

¹¹ C.10,(40)39.7 (*Dioc. Max.*), recoge la ampliamente conocida definición que lo describe como .. *el lugar donde cada cual constituyó sus lares y el conjunto de cosas y fortuna, y de donde no haya de alejarse otra vez, si nada le obliga, y de donde cuando partió se considera que está de viaje, y cuando volvió, que dejó ya de viajar.*

el edicto del gobernador de la provincia o estatuto municipal. A ello hay que añadir que la llegada del Bajo imperio y la nueva administración diocleciana dio lugar a la entrada de un nuevo elemento competencial, como era el origo que, de otra parte, no se distinguía mucho del *forum domicilii* o la ley municipal donde uno habitaba¹². La causa de esta identidad es clara ya que los emperadores obligaron a la población, de acuerdo con la nueva sociedad estamental, a permanecer en los mismos municipios y pueblos, sin variar de domicilio u oficio, por lo que, en muchos casos, confluían en la misma persona origo, *domicilii* y ley municipal.

La caída del imperio romano de occidente y la llegada de los pueblos bárbaros supuso el advenimiento de un derecho que se imponía a los pobladores de una zona que, de facto, seguían utilizando derecho romano¹³. Ello dio lugar a que en el Fuero Juzgo se recogiese la prohibición de usar las leyes romanas¹⁴, no sólo extrañas, sino demasiado complejas para la nueva situación social. Pero el fenómeno de la Recepción y la obra legislativa de Alfonso X el Sabio dejó su huella, especialmente con la elaboración de las Partidas. En ella se recogen los fueros jurisdiccionales que ya habían elaborado los juristas clásicos y se recogen en el *Corpus* justiniano. A pesar del esfuerzo unificador de la obra y la existencia de la Ley XXXII del Título II de la Tercera Partida que lleva por título *Ante quien debe el demandador fazer su demanda para responder le el demandado*, para conocer los fueros jurisdiccionales se ha de acudir a diversos títulos y, en algunos casos deducir, a *sensu contrario*, el fuero competente, acudiendo al lugar donde no puede ser obligado a responder en juicio el demandado. El criterio o fuero básico es el lugar donde se mora, es decir, el *forum domicilii*. No se recoge dicho principio en el capítulo citado, sino en P.3.3.4, donde se enuncia de forma expresa que *Responder non debe el demandado en juicio, ante otro alcalde, si non ante aquel, que es puesto para judgar la tierra, do mora el cotidianamente*. Pero dicho principio es inmediatamente matizado de dos maneras. La primera, haciendo referencia a los criterios recogidos en la citada P.3.2.32 y, a continuación, recogiendo el principio

¹² Sobre la duplicidad de domicilios en el Bajo imperio, sobre todo para el cumplimiento de las cargas impositivas, vid. *Gai* 1 ed. priv. D. 50.1.29.

¹³ Como señala KUNKEL, W., *Historia del Derecho Romano*, trad. Juan Miquel, Barcelona, 2012, p. 196, aunque se utilizaba derecho romano vulgar, el derecho cayó, incluso en Italia, al nivel más bajo que se pueda imaginar.

¹⁴ *Fuero Juzgo, II, 1, 8: Bien sofrimos e bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los estrannos por su pro. Mas quanto es de los pleitos judgar, defendemoslo e contradecemos que las non usen. Que maguer que ay buenas palabras, todavia ay muchas gravedumbres, porque abonda por facer justicia las razones e las palabras e las leyes son continuadas en este libro. Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas. El Fuero Juzgo, Estudios críticos y transcripción, Perona, J., pp. 202-203.*

de que no podrá sustraerse a la jurisdicción del rey si se hallare en la corte por ser jurisdicción de todos¹⁵. Esta excepción refleja el poder que ya ostentaban los monarcas medievales, pero también evidencia que no revisten el poder que tuvieron los emperadores del Bajo Imperio ni los monarcas absolutistas posteriores pues, en la misma ley, se recogen limitaciones a este a privilegio real. De hecho, se evoca la figura del *ius domum revocandi* clásico señalando los casos en que, a pesar de estar en la corte, era preciso esperar el regreso del futuro demandado a su domicilio para emprender acciones judiciales contra él¹⁶.

Una vez señalado dónde no puede obligarse a litigar al demandado se debe acudir a la P.3.2.32, en la que se rescatan todos los fueros clásicos junto a los propios de la época medieval en la que se vive. Su elaboración es mucho más pobre que la justiniana, dado que aquella contempla numerosos casos y, sobre todo, muchas excepciones y adaptaciones a los innumerables supuestos jurídicos sustantivos y procesales que podían plantearse, especialmente en materia de excepciones procesales. Se regulan catorce criterios relacionados, tanto con el negocio o relación jurídica existente, como con circunstancias personales, tales como el matrimonio, profesión o el arraigo en la zona. La relación de supuestos, lejos de establecer principios generales, parece recoger una relación de los supuestos que más frecuentemente eran atendidos por los alcaldes o jueces. Un análisis resumido nos llevaría a la siguiente descripción. Partiendo del *forum domicilii*, como criterio básico para que el juzgador tuviese competencia para conocer del litigio, se establece en primer lugar que también podrá juzgarse al demandado si fuere natural de aquel lugar¹⁷. En segundo lugar, si el demandado fue aforado en el lugar donde se juzga¹⁸. En tercer criterio hacer referencia a la mujer y a su matrimonio, de tal manera que toda mujer que contraía matrimonio podía ser juzgada ante el juez de su marido. El

¹⁵ P.3.3.4: ... *Empero en todo pleito es tenuto de responder delante del Rey, si fuere fallado en su corte, .. E esto es, porque la corte del rey es fuero comunal de todos, e non se puede ninguno escusar de estar a derecho..* En dicha Partida se recogen delitos que atentan contra la seguridad del reino o su justicia, a los que en Derecho romano clásico se denominaba «crimina», delitos que afectaban a la sociedad, como *quebrantamiento de camino, de tregua, riego de muerte segura, mujer forçada, ladron conocido, falsedad de moneda, oro, plata o trayción al rey*. A ellos se unían las demandas de huérfanos o pobres, protegidos por el rey –P.3.18.41.– como antes lo hizo Constantino con relación a viudas, huérfanos y personas miserables, C.3.14.1 (*Const.334*).

¹⁶ La referencia al *ius domum revocandi* se recoge en esta ley, señalando los supuestos en que por cometer delitos, comerciar o demandar se perdía el privilegio de obligar al demandante a litigar ante los jueces del demandado. En iguales términos *Paul. 17 Com. Plaut. D.5,1,24.pr.-1.;* *Non alias in eos, quos Princeps evocavit, Romae competit actio, quam si hoc tempore contraxerint. Legati ex delictis in legatione commissis coguntur iudicium Romae pati, sive ipsi admiserunt, sive servi eorum.*

¹⁷ *Vid.* Sobre la diferencia entre origen y *domicilium* en el mundo clásico, *vid.* BETHMANN-HOLWEG, *Der röm. Zivilprozess*, II, Bonn, 1985, p. 121; SCIALOIA, V., *Procedura civile romana*, Roma, 1935, pp. 90 y ss.

¹⁸ El aforamiento va referido en este caso, no a la persona aforada, sino al derecho y jueces de quien le dio la libertad.

cuarto criterio contemplaba la figura de los caballeros, quienes podían ser juzgados donde cobraban soldada, tanto por vivir en la zona, como por deberse a su señor. La quinta causa es la de *heredamiento que oviessse en aquella tierra*. Se reproduce en este supuesto el *forum rei sitae*, pero sin la riqueza de excepciones que recoge el Digesto, en donde se analizan diversos supuestos en función del lugar donde se hallasen los diversos bienes a repartir o existiesen legados y fideicomisos. El sexto criterio es el referido a quien no siendo morador de aquella tierra hubiese contraído obligación en aquel lugar o hubiese demandado ante ese juez. En el mismo se evoca la sumisión de quien contrata o acepta la jurisdicción de juez, a priori no competente. El séptimo se refiere a quien siendo de otro lugar, mora ya en aquella tierra diez años o más. El siguiente hace referencia a que el demandado tuviese en el lugar donde se presenta la demanda la mayor parte de sus bienes, presumiblemente, no tanto por el mayor arraigo, pues nada dice de que se haya de morar allí, cuanto por la mayor facilidad para ejecutar la sentencia. La relación de criterios continua con la sumisión expresa al juez del lugar. La comisión de delito o, en palabras del texto alfonsino, el *yerro* o la *malfeetría* es la siguiente causa de competencia judicial, reproduciendo el *forum delicti commissi*. El decimoprimer criterio que recoge la ley treinta y dos es que el demandado sea revoltoso o de mala barata¹⁹. Continúa la Partida afirmando que el ejercicio de una acción reivindicatoria de bien mueble que se encontrase en el lugar donde el juez tiene poder de juzgar será foro privilegiado respecto al del domicilio del demandado. Los dos últimos fueros, que podríamos denominar como «especiales», son los referidos a los supuestos de plantear el demandado reconvencción ante juez que no fuese del lugar donde mora y ejercicio de actividades de tutela o administración de bienes²⁰.

Todos los criterios de atribución de competencia a unos jueces, frente a los de otro lugar del reino, no conseguían resolver todos los supuestos, como lo atestiguan algunas leyes que hablan de la colaboración entre jueces, pero daban pautas de seguridad jurídico-procesal. Serían frecuentes los casos, como

¹⁹ Dicho precepto reproduce el espíritu de la *actio de eo quod certo loco dari oportet* que fue recogida por los compiladores en D.13.4. Dicha acción permitía que no se incurriera en *plurispetitio* cuando el demandado cambiaba de domicilio. En este caso, al igual que en P.3.2.31, si el demandado no diese garantía suficiente de comparecer ante el juez del domicilio donde se obligó, habrá de litigar en el lugar donde fue hallado.

²⁰ Dicho precepto reproduce textos del Digesto como *Paul.50 ed. D.3.3.54.1: tutores qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent.* y *Ulp. 60 ed. D.51.19, referido a tutela, curatela, negocios, banca o donde nace obligación*, en el que se afirma que *la no coincidencia entre el lugar donde se administra o negocia y el lugar donde se tiene el domicilio, no es excusa para eludir la obligación de litigar allí donde se administró o negoció.*

los propios textos legales reflejan, en que se solicitaría a otros jueces que se abstuvieran de juzgar o colaborasen en el enjuiciamiento de personas que habían vivido o tenían bienes o negocio en otro lugar, pero, de un modo u otro, reproducían los fueros jurisdiccionales que crearon los juristas romanos y que pasarían posteriormente a los textos actuales.

III. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LOS ORÍGENES DE LA UE

El reconocimiento de las resoluciones judiciales de un estado europeo en el territorio de otro, sin necesidad de un procedimiento adicional, —el llamado *exequatur*— ha sido una de las más grandes conquistas del espíritu de unificación jurídica europea²¹. Es una muestra del poder adquirido por la UE y, por ende, de la cesión de soberanía de los estados miembros en favor de una real y efectiva coordinación jurisdiccional. Pero el camino no ha sido fácil ni breve en el tiempo²². El Tratado Fundacional de la Unión Europea, así como las normas que lo han desarrollado, han tenido siempre presente que sin un sistema jurisdiccional que hiciera efectivos los derechos y obligaciones, que permitiera armonizar procedimientos judiciales y, en último extremo, dictar sentencias de obligado cumplimiento, la Unión no habría sido más que una ilusión²³. Se trataba de un ambicioso proyecto que englobaba, en sus orígenes, sólo algunos países de la Vieja Europa deseosos de evitar nuevas contiendas armadas y armonizar sectores económicos. A este sueño se acabaron uniendo la mayoría de los países que formaron parte del antiguo Imperio romano de Occidente, lo

²¹ El enunciado del texto comunitario es claro, a pesar de que la ejecución pueda tener algunas dificultades en supuestos excepcionales recogidos en la propia norma: *Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno*. Art. 36, Rgto. Bruselas I-bis. *La resolución dictada en un estado miembro requerido* (Rgto. Bruselas I-bis cit., art. 52).

²² Sobre evolución del *ius commune* y su recepción por la jurisprudencia y legislación de la Unión Europea, vid. PÉREZ MARTÍN, A. *El Derecho Común y la Unión Europea*, Anales de derecho, Universidad de Murcia, (13)1995; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea», *SHDI* 64(1988), pp. 529 y ss.; HERRERA BRAVO, R., «Fundamentos romanísticos del Derecho Comunitario Europeo», *Estudios in memoriam de profesor Alfredo Calonge*, vol. I. S (J. García coord.), Salamanca, 2002, pp. 531-548; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*», *Glossae*, 13 (2016), Valencia, pp. 275-306. Aunque con fecha anterior a la constitución de la Unión Europea, es ilustrativa de la evolución del Derecho romano hasta las dos grandes guerras recogida por KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955. Sobre *ius commune* y Unión Europea vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., «El ‘*ius commune europaeum*’ de ayer y de hoy», *Glossae* 5,6 (1993-94), pp. 9-16.

²³ Constitución Europa 2005. Tít. VI, art. 107: *Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva*.

que les daba un punto histórico y legislativo de encuentro. No se suele hacer mención expresa a la herencia romana o al Sacro imperio romano germánico como origen de la UE, pero late en la mente de todos como base territorial y jurídica común²⁴. Basta leer los preceptos de sus reglamentos y directivas para comprobar que el corazón que late en su interior es el *Corpus Iuris justinianeo*.

El procedimiento de creación del entramado jurídico de la Unión Europea comportaba un proceso de retorno al espíritu del *ius commune* y su forma de pensar pero, al mismo tiempo, de avance para ser eficaz en la sociedad actual a la que se dirigía²⁵. Había que vencer obstáculos persistentes que tenían su origen en un pasado no muy lejano, ya que, como señala Helmut Coing, entre las diversas causas que minaron la continuidad del *ius commune*, destacaba el pensamiento racionalista y su idea del Estado Nacional²⁶. Buscando normas objetivas válidas para todos los hombres y pueblos se llegó a una solución no prevista por los ilustrados, como fue *el advenimiento de un movimiento nacionalizador; éste hacía suyo el derecho nacional y, con ello, la ciencia jurídica quedó aprisionada en sus fronteras*²⁷. Frente al pensamiento que había iluminado durante siglos la realidad jurídica occidental, que postulaba una objetividad jurídica científica y racional, buscando unidad y seguridad jurídica, esta reacción dio lugar a una diversidad normativa y jurisprudencial continental, dificultando las relaciones jurídicas entre los pobladores de esa vieja Europa. El *ius commune* actuaba como un derecho subsidiario que, actuando preferentemente en materia de derecho privado²⁸, llenaba un espacio a nivel europeo de forma unificadora. Este derecho permitió que los juristas de los diversos reinos de Europa, unidos por un idioma común y por una religión también común, pudieran desplazarse de una universidad a otra ya que, a pesar de la diversidad de reinos, había un sustrato común que los unía²⁹.

²⁴ La mayor distinción de la Unión Europea es la medalla de Carlo Magno, entregada en Aquisgrán, sede de la corte y todas las construcciones que realizó para acoger a los estudiosos y mejores colecciones de libros de la época.

²⁵ En palabras de DECOCK, W.; MASFERRER, A., y OBARRIO MORENO, A., «Ius commune e Historia del Derecho», *Glossae*, 13(2016), ... *El ius commune constituye la sabia sin la cual el Derecho y la ciencia jurídica resultarían realidades inertes y carentes de sentido*.

²⁶ COING, H., *Derecho Privado Romano*, II, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1989, p. 22, señala como la Ilustración y las ideas iusnaturalistas motivaron que la zona geográfica del *ius commune* se disgregara en zonas jurídicas particulares determinadas nacionalmente.

²⁷ *Ibid.*, p. 22, *in fine*.

²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Aportación del Derecho Romano*, cit. p. 530.

²⁹ COING, H., *Derecho privado europeo*, cit. p. 28, hace hincapié en que el rechazo al Digesto por los racionalistas alegando que se trataba de soluciones a casos concretos, a veces confusos u oscuros, así como de su carencia de normas objetivas, dio lugar a la defensa a ultranza de la codificación, ocasionando un manifiesto perjuicio a la unificación jurídica en Europa.

Con estos precedentes históricos y la sucesión de dos grandes guerras³⁰, la UE, que nació para cooperar en materias concretas (política económica, carbón y acero, así como energía atómica)³¹, debió dar soluciones a difíciles problemas como el tema de la moneda única o el de la libre circulación de personas y mercancías, entre otros³². Pero junto a ellos se creó, ya desde sus orígenes, un Tribunal de Justicia que pudiera dictar sentencias en las materias en que tenía competencia exclusiva resolviendo recursos de ciudadanos o instituciones, o bien, armonizando las legislaciones y órganos jurisdiccionales de los diversos estados miembros³³. La unificación jurídica ponía de relieve, como si se sacase de un arcón en el que había estado durmiendo durante siglos, la complejidad jurídica que se producía al tener que coordinar los diversos órganos jurisdiccionales nacionales, con sus correspondientes legislaciones, competencias, así como los diversos foros jurisdiccionales, en atención a las personas, materias y tipos de procedimientos. Había que determinar qué país de la Unión era el competente para conocer del procedimiento en el que intervenían personas o intereses de diversos países³⁴. Una vez sabido el país en el que se podía tramitar el procedimiento había que determinar la normativa aplicable al caso y, una vez determinados estos presupuestos básicos, determinar la forma de hacer efectivas las sentencias, evitando procesos de reconocimiento, duplicidades o dila-

³⁰ Autores como KOSCHAKER, *El Derecho romano*, cit. p.491, o PÉREZ MARTÍN, *El Derecho Común*, cit., p.183, entre otros, señalan que con la terminación de las guerras mundiales y la pérdida de importancia de Europa frente a las nuevas potencias se generó la necesidad de crear un nuevo marco común basado en el espíritu que siglos antes unió Europa.

³¹ Para todas las referencias a instituciones y organización de la UE. *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C. Et Alii, *La unión Europea y su derecho*, Madrid, 2012.

³² El Rgto. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil recoge ya, en su primer considerando, como principio básico para todos los miembros del Tratado que «la Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas». En su párrafo siguiente hace referencia al «buen funcionamiento del mercado interior.»

³³ *Vid.* Const. Europea, art.2: *Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia...*; Art. 3: *La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre...* En el mismo sentido los arts. 107 y ss. del Título VI, relativos a la Justicia.

³⁴ A tal fin se fueron sucediendo nuevos Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo como el Reglamento (CE) n.º 864/2007 de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). En éste se refiere de forma expresa que *el correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales..(Cons. 6)*. Junto a él se aprobó el Reglamento n. 59/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En el mismo sentido fue aprobado el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

ciones³⁵. En resumen, había que determinar quién debía conocer de los litigios, qué normas debía de aplicar, dónde hacerlo y, finalmente, cómo ejecutar la sentencia en todos los países de la UE, cualquiera que fuesen sus actores o materia. El fenómeno no era nuevo y obedecía, de una parte, a la diversidad de órganos jurisdiccionales y, de otra, a la diversidad de sujetos, materias, cuantías o lugares en que se podían desarrollar los procesos. Muchos siglos atrás, Roma tuvo que hacer frente al fenómeno de la globalización jurídica dando solución a similares problemas de competencia jurisdiccional. Aportó soluciones y fueros como *forum domicilii*, *forum rei sitae* o *forum delicti commissi*, que daban seguridad jurídica, tanto a litigantes, como a los propios órganos juzgadores. De hecho, en el Considerando n.º 13 del Reglamento (UE) N.º 1215/ 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se apela a esta seguridad jurídica necesaria para que las relaciones personales y comerciales puedan realizarse en un espacio común:

Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de pre-visibility y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe de regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifiquen otro criterio de conexión...

En esta misión que, como en toda travesía, contaba con innumerables escollos y un final incierto, hubo de dotarse de ingenio, autoridad, adaptación a los problemas que iban surgiendo y, sobre todo, se dotó de unos textos legales que respondían a las necesidades y esperanzas puestas en la Unión. Como se pudo comprobar por la Comisión Lando y otras creadas para armonizar normativa comunitaria, el elemento unificador no pudo ser otro que el constitutivo de las raíces, los cimientos jurídicos europeos, el *Corpus Justiniano*, sin olvidar, como recuerda Domingo Oslé, que debemos adaptar las normas a la sociedad a las que van dirigidas, *a cada tiempo, su Derecho, cuius empora eius ius*³⁶.

³⁵ Cons.2 y 3, Rgto. UE. 1215/2012 hacen referencia a la necesidad de *fixar un espacio de libertad, de seguridad y justicia, entre otros medios, facilitando el acceso a la justicia, en particular gracias al reconocimiento mutuo de las resoluciones extrajudiciales en material civil..* , y para ello apela al acuerdo del Consejo Europeo de Bruselas, reunido en Diciembre de 2009, en donde se considera *que el proceso de suprimir todas las medidas intermedias (exequator) debe continuar durante el período cubierto por dicho Programa.. acompañado de una serie de garantías.*

³⁶ DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el derecho global?*, Navarra, 2008, p.29. Santo Tomás, en sus Etimologías 2,10, señala que *la ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con la costumbre de la patria, apropiada al lugar y circunstancias temporales, necesaria, útil y clara.*

IV. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Los Reglamentos comunitarios son una de las más claras muestras de la soberanía de la UE. El principio de soberanía se ha reflejado a lo largo de los siglos por la capacidad de legislar y poder hacer cumplir las sentencias³⁷. Su aplicación inmediata ha sido recogida en diversas sentencias (14.12.1971, Politii, 43/71 o Schuler 9/73, de 24.10.1973), de donde se extraen las dos condiciones básicas sentadas por el TJUE, como son que la norma sea clara, precisa e indubitada, así como de efecto incondicional, es decir, que no requiera un desarrollo o acto de los estados para que su aplicación sea inmediata. Aunque con matices, pues los diversos Estados han mostrado su adhesión, ésta ha sido la misión de los reglamentos relativos a la coordinación de las soberanías jurisdiccionales de cada una de los países integrantes de la Unión, reservando a cada uno de ellos las competencias que le eran propias, pero estableciendo unos principios básicos comunes que hicieran efectiva y real esa unión entre los ciudadanos europeos. La relación entre iguales, con libre comercio y circulación, producía inexorablemente conflictos jurisdiccionales que debían ser resueltos. En materia jurisdiccional las legislaciones nacionales eran claras, pero la presencia de un elemento extranjero comunitario, o extracomunitario, daba lugar en muchas ocasiones a consultas de los juzgadores nacionales que paralizaban los procesos hasta tener seguridad de su competencia para dictar sentencia en los casos que se les planteaban. Los casos eran de muy variada índole, aunque son frecuentes las cuestiones prejudiciales como la que el TJUE recibió en el mes de julio 2014. Se trataba de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Justicia de Trieste, con arreglo al artículo 267 del TFUE. La misma tenía su origen en un triste acontecimiento, como era un accidente de tráfico acaecido en el territorio de su jurisdicción, con el resultado de muerte de la hija del actor. La cuestión no habría tenido mayor trascendencia, en el ámbito jurídico, si los litigantes hubiesen sido italianos y la compañía aseguradora también, no habiéndose puesto en marcha la maquinaria jurídica que la Unión Europea tiene establecida para los supuestos de problemas de

³⁷ En el mismo sentido se refería Cicerón en las *Leyes*, 3,5, al afirmar que, *no sólo han de establecerse los límites a la competencia y poder de los magistrados, sino también la obligación de obediencia de los ciudadanos*.

competencia jurisdiccional³⁸. Así se han ido sucediendo los recursos la TJUE en materia como banca, daños y perjuicios o lesión de los derechos de la personalidad mediante publicaciones en internet³⁹. Ésta ha sido una de las principales funciones del TJUE, aclarando cuestiones de competencia presentadas por tribunales nacionales. A tal efecto, siguiendo las prescripciones del texto constitucional, en septiembre de 1968 se aprobó el llamado *Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Dicho texto, como se recoge en el Considerando 7 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 12 de diciembre de 2012, más conocido como Reglamento Bruselas I-bis, fue seguido por el Convenio de Lugano de 1988, modificado por Reglamento 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y por modificaciones posteriores, como la de Lugano de 2007 y las que se han sucedido con la incorporación de nuevos estados miembros⁴⁰.

De la lectura del articulado de los reglamentos citados, se podría hablar de coherencia interna y tracto sucesivo entre los preceptos de unos textos y otros, pero sería más acorde con la realidad señalar que se realizó por el legislador europeo un texto hace cincuenta años que ha sido reproducido en sus aspectos esenciales y una gran parte del articulado de forma sistemática. Por ejemplo, en todos los textos se repiten las mismas palabras: «las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Acto seguido, y una vez establecido el domicilio como punto de partida para la fijación de la competencia jurisdiccional, y a pesar del tiempo transcurrido, se excluyen de forma enumerada y sin cambios las materias aduaneras, administrativas, seguridad social, arbitraje, estado y capacidad de las personas físicas, regímenes

³⁸ STJUE en asunto C-350, de fecha 110 de diciembre de 2015. En este litigio, el Tribunal debió resolver sobre una cuestión de competencia jurisdiccional instada por el padre de la fallecida, de nacionalidad y residencia rumana, en solicitud de indemnización de daños materiales y no materiales contra la compañía de Seguros Allianz SpA, de nacionalidad italiana, habiéndose producido los hechos en territorio de aplicación del derecho italiano, por un vehículo no identificado.

³⁹ *Vid.* SSTJUE en asunto C-304/17 Löber vs Barclays Bank de fecha 22 de septiembre de 2018 en materia bancaria. STJUE de fecha 16 de julio de 2009, asunto C-189/08 Zuid-Chemie vs Philippo's, sobre daños producidos a una empresa de fertilizantes por la adquisición de productos a una empresa que, a su vez, los había adquirido en mal estado de una tercera. STJUE de fecha 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/10 y C-161/10 relativos a la publicación de fotografías e información en internet, produciéndose el perjuicio en «todos aquellos lugares en que podía consultarse la información por internet».

⁴⁰ Los citados Reglamentos deben ser puestos en relación otras normas complementarias, como el Rgto.2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Estos a su vez tienen otros que los desarrollan, como el Rgto. 2018/1935, de la Comisión de 7 de diciembre de 2018, que establece los formularios a rellenar en materia económico matrimonial.

matrimoniales, testamentos y sucesiones, así como las quiebras. Del mismo modo, en todos ellos se establece, *ab initio*, el capítulo relativo a competencia, en el que se habla del domicilio, para seguir, a continuación, de las competencias especiales y exclusivas. Supuestos de delitos, daños, contratos, entre otros, que reciben la misma solución que en Roma. Es en esta parte donde se aprecia la mayor influencia de los criterios que crearon los juristas romanos para la resolución de los conflictos jurisdiccionales. Como señala el Reglamento Bruselas I-bis, *las normas de competencia judicial deben de presentar un alto grado de previsibilidad*⁴¹ en protección, tanto de demandante como de demandado ya que, de no ser así, se dificultaría el comercio internacional dentro de la UE. La seguridad jurídica exige que en todo momento sepan los contratantes, potenciales litigantes, dónde y con qué normativa tendrían que actuar⁴². A tal efecto se publicaron los Reglamentos Bruselas I, relativo a la ley aplicable en relaciones contractuales; Bruselas II, relativo a la normativa aplicable en relaciones extracontractuales o Bruselas III, relativo a normativa en separación y divorcio⁴³. Por ello se señala de forma explícita que «la confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un estado miembro sean reconocidas en todos los estados miembros sin procedimiento especial alguno»⁴⁴. Todo ello conduce al análisis conjunto de los diversos Reglamentos sobre competencia jurisdiccional pues, salvo las exposiciones de motivos y disposiciones transitorias, el espíritu y la letra son en gran medida coincidentes.

V. FUEROS JURISDICCIONALES ESPECIALES Y EXCLUSIVOS. UNA VISIÓN COMPARATIVA ENTRE LA NORMATIVA VIGENTE Y LA RECOGIDA EN EL CORPUS JUSTINIANO

Junto a la competencia general, el Capítulo segundo del Rgto. Bruselas I-Bis recoge Competencias especiales y exclusivas, es decir, supuestos en los que junto al fuero general se admitirán fueros alternativos o, en el caso de las

⁴¹ Cons.15, Rto. Bruselas I-Bis. En el Rgto. 44/2001 se asevera con mayor firmeza al recoger en su considerando 11 que la competencia relativa al domicilio del demandado «debe regir siempre, excepto en casos muy concretos.»

⁴² Especialmente en los litigios derivados de *obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho de la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación*, como expresamente recoge el considerando 16 del Rto. Bruselas I-Bis.

⁴³ Estos Reglamentos fueron completados por otros relativos a regímenes económicos matrimoniales, adopción y otras materias, en un intenso intento de unificar normativa europea.

⁴⁴ Rgto. Bruselas I-bis, Cons. 26.

especiales, imperativos. Aquí se contemplan contratos concretos y acciones a ejercitar, como una forma de delimitar el ámbito en el que se aplicará la solución que, a continuación, indica el legislador comunitario. La comparación de estos fueros con los recogidos en los textos justinianos demuestra que, a pesar del esfuerzo innovador y de actualización de la regulación a una situación nueva en Europa, no se alejan de las soluciones recogidas en el *Corpus Iuris* que luego pasarían a la Europa medieval y, finalmente, a los textos legales de los estados modernos.

Un estudio comparativo de los supuestos recogidos en el *Reglamento Bruselas 'I-Bis 1215/2012'* y los fueros creados por los juristas romanos arroja el siguiente resultado.

V.1 Competencia General

Los legisladores comunitarios, fieles seguidores del principio de soberanía nacional, siguen las normas del *ius commune* y, por extensión, las normas del *Corpus justinianeo*, estableciendo que las personas domiciliadas en un estado miembro, serán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho estado⁴⁵.

a. En materia contractual, los jueces competentes serán los del lugar donde se haya cumplido o deba de cumplir la obligación, entendiendo por tales lugares donde se hayan de entregar las mercaderías, si se trata de compraventa, o cumplir los servicios, si se tratara de un contrato de prestación de los mismos. En este caso se hace remisión al *forum solutionis*, establecido por los juristas para los supuestos de rendición de cuentas (frecuente en banqueros y tutores), de prestación de servicios (normal en casos libertos) o ejecución de obras (construcciones en general). Como señala Leoni, en este tipo de obligaciones el lugar de cumplimiento es aquél en el que la obligación debe de ser útil, como sucede en la ejecución de obras o en la *actio ad exhibendum*⁴⁶. Son muchos los textos de Digesto y Código referidos a este tipo de contratos, pero es paradigmático el de Ulpiano, recogido en D.5.1.19.1, donde se afirma que *si alguno administró en cierto lugar una tutela o curatela, o negocios, o un*

⁴⁵ Sobre el concepto de domicilio, *vid.* Art. 4 y ss. Rgto. Bruselas I– Bis cit. En el supuesto de no estar domiciliado en Estado miembro el texto legal remite a la misma solución, estando sometidos los sujetos de derecho a los juzgadores del citado Estado.

⁴⁶ LEONI, *Solutionis locus*, in *Studi Schupfer* 1, Turín, 1989 (reimp. Roma 1975), pp. 87 y ss. Sobre prestación de servicios, *vid. Iav. 6 ex. Cassio* D.38.1.21: *Operae enim loco edi debent ubi patronus moratur, sumptu scillet et vectura patroni.*

banco, o alguna otra cosa, de donde nace la obligación, y si allí no tuvo su domicilio, deberá defenderse allí, y si no se defendiera o tuviere su domicilio, sufrirá el embargo de sus bienes. De esta manera el jurista deja nítidamente claro que, ya se tenga el domicilio o no, si se realizan este tipo de negocios jurídicos, el fuero competente será el del lugar en el que se desarrolló la actividad. En el supuesto de contrato de compraventa, Gayo en D.42.5.1 y 3, señala que los bienes se deben de tener por vendidos en el lugar en el que uno debe ser defendido, que será el lugar del contrato, entendiéndose por éste el lugar en que se debió de realizar el pago⁴⁷. Ratifica esta respuesta Ulpiano en D.5.19.1 *in fine*, señalando que si las compraventas se realizan por mercaderes ambulantes que cambian continuamente de lugar, que viajan de un puerto a otro, la posibilidad de demandarlos en su domicilio sería una falacia. Añade el jurista que esta regla es aún más ajustada a derecho *cuando el mercader arrendó tienda, mostrador, anaquelaría o un taller y allí vendió*. La coherencia de este jurista se demuestra en la *responsa* recogida en D.2.13.4.5, en donde, con relación a los cambistas afirma que cualquiera puede ser compelido a exhibir las cuentas donde ejerció de cambista, y así esta ordenado⁴⁸.

V.2 Competencias especiales

a. En materia delictual o cuasidelictual, los reglamentos se remiten al lugar en el que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Su aplicación es indiscutida siendo, en palabras de Girard⁴⁹, *una derivación del sistema de justicia privada que le precede*. El *forum delicti commissi* es aceptado como algo natural e indiscutible. El título XV del libro II del Código, lleva por nombre «dónde se debe de ejercitar la acción por crímenes» y en su

⁴⁷ Paulo añade en D. 42.5.2 que el lugar donde uno debe ser defendido no es no es otro que su domicilio, aunque los compiladores añaden los textos de Gayo para incluir excepciones.

⁴⁸ KASSER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p.246 señala que a pesar de las posibles discrepancias entre los textos del Digesto ésta es la solución más adecuada. En contra hallamos el fragmento de Papiniano recogido en D.45.1.45, en donde se hace expresa referencia al *forum contractus* como lugar para la celebración de proceso. Incluso se dice que igual solución se ha de dar en el caso de tutela. Este fragmento ha sido muy debatido en cuanto a su posible interpolación ya que son muchos los fragmentos que apuntan al *forum solutionis* como el adecuado. De hecho, el mismo fragmento señala que, de existir condena al banquero, su ejecución se realice en Roma, lugar, donde recibió el dinero prestado la madre, de quien heredó la hija. Es decir, donde se realizó la actividad. En apoyo de esta tesis se encuentra el texto de Paulo, 50 ed. D.3.3.54.1, cit. en donde también de forma expresa señala que los tutores deben defenderse en el lugar en el que administraron. En C.3.21.1 (*Dioc. Max.292*), se prescribe que quien por razón de tutela, o por otro título cualquiera, administró negocios ajenos, rinda cuentas donde los administró.

⁴⁹ GIRARD, P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, París, 190, p.26.

número primero los emperadores Severo y Antonino⁵⁰ prescriben que, *como es bastante sabido, las causas criminales deben ultimarse donde aquellos se cometieron o empezaron, o donde son hallados aquellos a quienes se les acusa de ser reos del crimen*. En el mismo sentido se expresa Justiniano en la Novela 69 prescribiendo que *en la provincia en la que uno delinque, allí esté también cada uno sujeto al derecho y no pretenda litigar fuera de aquél término*. Estas constituciones entroncan con la causa décima señalada en las Partidas que, como señalamos, envía el conocimiento del proceso por delito al juez del lugar de su comisión (P.3.3.32). En C 3.13.5 (*Arc. Hon.397*) se señala que *in criminali negotio rei forum accusator sequatur*.

b. Materia de daños y perjuicios, o de restitución que den lugar a proceso penal. En este supuesto los reglamentos se remiten al lugar en donde se tramite el proceso civil. La regulación recogida en los textos del *Corpus* se remite al principio *actor rei forum*, tanto para acciones personales como reales, C.3.19.3 (*Grat. Valent. Theod.385*), debiendo matizar que los procesos de daños y perjuicios que tengan origen penal y no civil se tramitarían de acuerdo con las normas de competencia penales. A la misma solución se llegaría en los procesos en que se ejercitasen acciones penales para recuperar la posesión perdida por actos de violencia o interinidad. En C. 3.16.1 se recoge que en el lugar donde se hizo la violencia o se desea pedir la posesión interina, allí debe de dictar sentencia el juez⁵¹.

c. Ejercicio de acciones civiles para recuperar bienes culturales. En este caso se remite el Reglamento al lugar donde se hallen, lo que nos remite al *forum rei sitae*, siendo de aplicación las normas generales de reclamación de bienes como legados, herencias o fideicomisos, que debían ser reclamadas en el lugar donde se hallaren los bienes. En C.3.19.3 se prescribe que la acción real contra el poseedor se puede ejercitar, no sólo en ante los jueces del domicilio de éste sino en el lugar en donde se hallen los bienes⁵².

⁵⁰ C.3.15.1 (*Sev. Anton.196*): *Quae actiones eorum criminum, quae legibus aut extraordinem corcentur, ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est.*; Nov. 69. *Just.* (539).. *in qua provincia delincit..illic etiam iuris subiaceat.. et ultra terminos litigare non quaerat.*

⁵¹ C. 3.16.1 (*Valen. Val.*): *Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ubi loci iudicem adversus eum, que possessionem turbavavit, convenit iudicare.* Para la reclamación de fideicomisos vid. C.3.17.1 (*Sev. Anton.204*).. *Fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est, dubitari non potes.*

⁵² El Reglamento señala que será competente el órgano jurisdiccional en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponer la demanda, lo que puede plantear problemas cuando el objeto es desplazado por el demandado de un Estado de la Unión Europea a otro en búsqueda de unas normas y proceso más favorable. C.3.19.3 (*Grat. Val. Theod.385*):...*sed in locis, in quibus res propter quas contentitur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.*

d. Reclamaciones contra el fundador, trustee o sus beneficiarios. El texto legal se remite expresamente a *los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el trust*. Por lo tanto, regiría la regla general del *forum domicilii*.

e. Remuneración del pago de una cantidad derivada de un salvamento o auxilio. En este caso se remite el texto comunitario a la jurisdicción de quien hubiese realizado embargo de los bienes para garantizar el pago. En este caso estaríamos ante una acción personal, como es la reclamación de pago, apoyada en un embargo, lo que daría entrada a la constitución C.3.19.3 (*Grat. Valent. Theod.385*), ya que ésta permite perseguir los bienes por acción personal, no sólo en el fuero general, sino en el lugar donde se hallen, como es el supuesto de embargo de los bienes del flete.

f. En materia de seguros se establecen diversos fueros jurisdiccionales. En todos ellos se acusa una gran protección del asegurado permitiéndole demandar al asegurador, tanto ante los jueces de su propio domicilio, como los de aquél o los del coasegurador, si existiere. La protección al asegurado llega al punto de que, incluso podrá presentar su demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso, distinto a los tres antes citados, cuando se trate de seguros de responsabilidad o de seguros relativos a inmuebles. En este caso, el abanico competencial es amplio, pues se parte del *forum domicilii*, incluso para el supuesto de que el asegurador sólo tuviera abierta una sucursal alejada de la sede social. También en este caso se considera que dicha sucursal es domicilio del asegurador y puede ser demandado allí⁵³.

g. En contratos celebrados por consumidores se repite la protección recogida en materia de seguros, permitiendo que el consumidor demande en el domicilio del contratante frente al que se reclama o en el suyo propio⁵⁴. Esta posibilidad de que el consumidor pueda demandar en su propio domicilio al vendedor es recogida por Paulo en D.5.1.49 pr. en donde se enuncia por el jurista, a propósito de una reclamación por evicción, *que es costumbre que el vendedor siga al juez del comprador*⁵⁵. Hay que destacar que el art. 18 del Reglamento recoge el supuesto de que fuese el consumidor el que fuese demandado por la parte con la que contrató. En este caso, el legislador comuni-

⁵³ En el supuesto de acción de regreso el asegurador habrá de dirigirse al domicilio del asegurado, tomador del seguro o beneficiario, manteniendo el *forum domicilii*, pero sin la posibilidad que tenía el asegurado de demandar ante sus propios jueces. Vid. Art.14 Rto. Bruselas I-Bis.

⁵⁴ Se reproduce en el Reglamento el concepto de domicilio, a efectos de venta recogido en D.5.1.19.1, ya que aunque el vendedor tenga su origen y domicilio familiar en país extracomunitario, si vendió, tuvo sucursal, agencia o establecimiento abierto, se presume, a efectos jurisdiccionales que se domicilió en tal lugar.

⁵⁵ *Paul. 2 resp. D.5.1.49pr. Venditor ab emptores denuntiatus, ut eum evictionis nomine defendere, dicit se privilegium habere se iudicis.. Paulus respondit, venditorem emptoris iudicem sequi solere.*

tario es rotundo ya que hace una reserva de fuero exclusiva en favor del *forum domicilii* del consumidor, utilizando la palabra «sólo», para evitar cualquier duda o interpretación⁵⁶.

h. En materia de contratos de trabajo se aprecia la actual protección al trabajador pudiendo éste demandar al empresario, tanto en el lugar de trabajo como en el propio domicilio del trabajador. Este supuesto no estaba contemplado en Roma con las mismas características pues, aunque existía la figura de la *locatio conductio* del trabajo de un hombre libre, pudiendo ejercitar la *actio conducti* el trabajador no remunerado, el fuero sería el del domicilio del demandado sin que el hecho de que se tratase de una acción de buena fe pudiera llegar hasta el punto de cambiar el fuero.

V.3 Competencias exclusivas

La existencia de unos supuestos en los que existen bienes cuya sede es de titularidad estatal, o bien se trata de lo que tradicionalmente se denominaban, bienes raíces, motiva que el legislador comunitario, bajo el título de «competencias exclusivas», regule una serie de supuestos cuya competencia es indiscutida. El lugar donde se halla el bien o se hizo uso de la oficina será el fuero competente.

a. Contratos de arrendamiento y derechos reales inmobiliarios.

En estos casos el fuero relativo al domicilio de las partes queda anulado por un fuero imperativo como es el *lugar donde el inmueble se halle sito*. La justificación de este precepto y de su exclusividad es la duda planteada en relación si sería competente el lugar donde se formalizó el contrato, distinto al del lugar donde se halla el bien sobre el que se tiene el derecho real o el inmueble arrendado. El legislador es determinante afirmando que se recurrirá al *forum rei sitae*⁵⁷.

b. El segundo fuero exclusivo se refiere a las personas jurídicas, en lo referente a la legalidad de su situación constitutiva o acuerdos adoptados. En estos casos tampoco deja margen a la duda en los administrados señalando

⁵⁶ Art. 18.2 Rgto. Bruselas I-bis: *La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor.*

⁵⁷ Llama la atención que se establezca otro fuero optativo, para el caso de que ambos contratantes sean de la misma nacionalidad, permitiendo que se sometan a los tribunales del país del demandado, cuando se trate de contrato de arrendamiento para uso particular y duración de más de seis meses.

que, de forma exclusiva, será competente el juzgado del domicilio social, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado⁵⁸.

c. En materia de Registros públicos será competente el órgano jurisdiccional del Estado donde se encuentre el registro. Volvemos *al forum domicilii*, si entendemos la sede de aquél como su domicilio, aunque en este caso, al tratarse de un registro público es el Estado miembro el titular del mismo y serán sus normas nacionales las que establezcan, dentro del dicho Estado el órgano en donde presentar la demanda.

d. Patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos. Aunque la propiedad intelectual no se recogió ni en derecho romano⁵⁹ ni medieval, la remisión de los reglamentos al Estado en donde se hizo el depósito o registro nos remite, al igual que en supuesto anterior, al *forum domicilii*.

e. En materia de ejecución de sentencias la remisión es breve y se remite a los órganos jurisdiccional del Estado miembro que tramitan la ejecución, debiendo adaptarse a las normas de Derecho Internacional sobre ejecución de sentencias. A este respecto no hay que olvidar que las sentencias dictadas en cualquier Estado de la Unión Europea serán reconocidas sin necesidad de procedimiento alguno.

VI. REFLEXIONES FINALES

Tras medio siglo de andadura de la Unión Europea, hay que elogiar sin ambages los avances realizados por conseguir una normativa que sirva para unir a la multitud de países que durante tantos años estuvieron en pugna, buscando las fisuras de su vecino para superarlo comercial, económica o militarmente. Si algo ha caracterizado al viejo continente, a diferencia de otros pueblos, como el norteamericano, es que la herencia histórica ha sido tan rica y prolongada en el tiempo, que ha dado lugar a todo tipo de suspicacias, guerras y desconfianzas que difícilmente permitían una esperanza de unión. Por ello no hay que quitarle ni un solo ápice de mérito a esta «liga» que, como la «Liga latina» se unió para buscar el beneficio común. Pero el citado reconocimiento no puede alejarnos de nuestra función de juristas e investigadores y analizar,

⁵⁸ El art. 63 Rgto. Bruselas I-bis amplía el concepto de domicilio, al considerar que una sociedad o persona jurídica está domiciliada *en el lugar en el que se encuentra, tanto su sede estatutaria, como la administración central, como el centro de actividad principal*.

⁵⁹ ROSTOVITZEF, M., *Historia y social del Imperio romano*, trad. Luís López-Ballesteros, Madrid, 1962, pp. 316 y ss. señala que el gobierno nunca hizo nada para proteger la industria de Italia y por ello se podía imitar libremente o falsificar productos de un competidor. Tal fue el caso de los modelos platos o lámparas cuyo diseño se iba copiando con un precio más barato, arruinando las fábricas tradicionales.

medio siglo después de la creación de la Unión Europea y más de dos mil quinientos años *ab urbe condita*, cuáles han sido los avances o retrocesos en materia de competencia jurisdiccional. El resultado del estudio, sin pecar de nostalgia o amor al pasado, es un nuevo reconocimiento del ingenio y sentido común de los juristas romanos. Se puede comprobar cómo no hemos avanzado, sino que, al contrario, mantenemos los mismos criterios y fueros jurisdiccionales para la resolución de los conflictos de competencia. El *Corpus* recogió los «malabarismos jurídicos», el derroche de ingenio de los juristas para llegar a soluciones de justicia, en una sociedad en la que convivían personas con muy distintos estatus, libres y esclavos, *sui iuris* y *alieni iuris*, ciudadanos y no ciudadanos, con dependencia de un municipio o dependiendo de una orden religiosa. Una gran multitud de situaciones que los juristas supieron resumir en fueros generales, excepciones y soluciones con doble opción. El resultado fue construir, al igual que lo hacen los Reglamentos comunitarios, un sistema de reglas basado en el fuero del demandado como criterio general y, a partir de él, establecer fueros especializados en función de la materia y tipo de proceso. Todo procedimiento, ya fuere con acción real o personal, debía tramitarse ante los jueces del demandado, pero acto seguido se establecían supuestos especiales, como era el caso de compraventas, sucesiones, derechos reales, incumplimientos contractuales, arrendamientos o prestación de servicios, al igual que hacen los Reglamentos comunitarios. Las referencias al *forum domicilii*, *forum rei sitae* o *forum delicti commissi* se repiten sin que exista certeza acerca de si hay alguna opción jurídica más acertada o más eficaz. Tampoco sería justo del todo nuestro análisis si no se reconociesen algunos avances significativos. Estos son pocos y, en algún caso, ya contemplados en el *Corpus* Justiniano. Me refiero, en primer lugar, a la protección de los más débiles, invirtiendo el tan defendido orden general y permitiendo que, en caso de contratos de seguro, protección de consumidores y contratos de trabajo se permita al demandado litigar ante sus propios jueces y no los de la parte con la que se contrató. El interés social ha dado la fuerza para adoptar esta norma, del mismo modo que lo ha hecho para que en materia de arrendamientos se proteja al arrendatario, obligando a que la demanda se presente en el lugar donde se halla el objeto arrendado. Otros aspectos también son innovadores, como la aceptación de la sumisión jurisdiccional y su validez, como parte independiente del contrato, contra los que pretenden cambiar el foro en base a la nulidad de las cláusulas negociales del mismo. Todo ello es resultado de la actividad de juristas adaptando el trabajo de otros juristas que les precedieron para obtener soluciones de justicia. Así avanza el derecho, especialmente cuando se parte de soluciones elaboradas y que han demostrado su eficacia a lo largo de siglos.

Frente a los que afirman que el fuero del domicilio está en regresión y debiera de desaparecer, quizás fuese prudente recordarles que, a pesar de que estamos, en palabras de Jean Monnet, en *un espacio de unión de hombres* más que de estados, lo cierto es que no se ha encontrado solución más justa, en la búsqueda del equilibrio entre un demandante que elige el momento y la oportunidad de demandar, y un demandado que hace alarde de su presunción de inocencia y la hace valer ante los tribunales de su estado. No hay engaño. Puede que no se hayan mejorado las facilidades para que el comercio y las relaciones personales mejoren, pero, antes de iniciar un negocio, como señalan todos los textos comunitarios, las partes saben dónde tendrían que litigar y pueden, por tanto, hacer uso de su libertad.

EL JUICIO PÓSTUMO A LOPE DE AGUIRRE POR *CRIMEN LAESAE MAIESTATIS*¹

The posthumous trial against Lope de Aguirre for 'crimen laesae maiestatis'

JOSÉ ÁNGEL TAMAYO ERRAZQUIN

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen: Este trabajo estudia el juicio póstumo contra Lope de Aguirre promovido por la administración de Felipe II, quien envió juez especial que abriera proceso por *crimen laesae maiestatis* a título póstumo. El castigo: decapitación, descuartizamiento, desmochamiento, sal y arado de tierras e infamia vía varón. El principio de la personalidad de la pena que traen los tiempos modernos lo corregirá. El delito de traición o rebelión que lo sustituye es recogido en los códigos penales hispanoamericanos y europeos.

Palabras clave: Lope de Aguirre, Amazonas, Marañón, Omagua, El Dorado, juicio póstumo, *perduellio*, *maiestas*, *tyrano*, *crimen laesae maiestatis*, Bernáldez de Quirós, Pablo Collado, juicio de residencia, traición, rebelión.

Abstract: This work wants to analyse the posthumous judgement that was carried out against Aguirre by King Felipe II, who sent a special judge, Alonso Bernáldez de Quirós, to try («juicio de residencia» = trial of residence) the governor Pablo Collado and also to try for «*crimen laesae maiestatis*» posthumously against the Basque. The punishment is a cruel death by decapitation. To this was added infamy (*infamia*), a form of civil death that punished the male descendants of the condemned man. The modern principle of the pain-

¹ Este trabajo se ha visto financiado por el proyecto I+D, DER2015-67052-P, Centro y periferia en el discurso jurídico y la práctica jurídica del Imperio Romano.

personality will correct this. The crime of treason or rebellion will be included in the different Spanish-American and European penal codes.

Keywords: Lope de Aguirre, Amazonas, Marañón, Omagua, El Dorado, posthumous trial, *perduellio*, *maiestas*, *tyrano*, *crimen laesae maiestatis*, Bernáldez de Quirós, Pablo Collado, residence trial, treason, rebellion.

SUMARIO: I.–Introducción: La expedición al reino de Omagua y El Dorado. II.–El proceso ante el juez Bernáldez de Quirós y la sentencia. III.–Comportamiento banderizo de Aguirre. IV.–El *iudicium post mortem* y el *crimen laesae maiestatis*: de las XII Tablas a las Partidas. V.– La recepción de los delitos de traición y rebelión en los modernos códigos de los países concernidos.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPEDICIÓN AL REINO DE OMAGUA Y EL DORADO

O historia de una traición, podríamos titular. La epopeya y figura de Lope de Aguirre y sus andanzas en el Nuevo Mundo son harto conocidas. ¿A qué viene este señor con semejantes pamplinas cuasi literarias? podrían decir, con toda razón, ustedes. De las andanzas de nuestro personaje por el Perú y Venezuela, y su descenso por el Marañón, hoy Amazonas, se ha abatido una densa tromba de trabajos que tocan la historia, la política, la literatura, el drama, el cine. Pero, sin embargo, es raro encontrar algún estudio que conecte al vasco con las cuestiones jurídicas que subyacen su actuación, si no son las propiamente políticas, las cuales sí tuvieron un indiscutible eco².

Desde que alguien apuntara que el Libertador de la América hispana, Simón Bolívar, otro caudillo de estirpe vasca, tuvo interés en la figura de Lope,

² Es abrumadora la relación de trabajos que se han publicado en torno a la expedición a Omagua y El Dorado. Aquí doy sólo algunas referencias que me parecen reseñables sin pretender ser exhaustivo. Para un conocimiento de la literatura al respecto recomiendo ir a la obra de Ingrid GALSTER, *Aguirre oder Die Willkür der Nachwelt. Die Rebellion des baskischen Konquistadors Lope de Aguirre in Historiographie und Geschichtsfiktion (1561-1992)*, Frankfurt am Main, ed. Vervuert, 1996 = *Aguirre o la posteridad arbitraria*, Bogotá, ed. Universidad del Rosario, 2011, que sigue muy de cerca la versión original alemana. Es recomendable leer el prólogo a la edición en español donde se avisa de ciertos riesgos que es inevitable correr al tratar de tan debatido personaje. Aparte de las crónicas, relaciones, e historias más o menos contemporáneas, son trabajos de referencia los dos de Emiliano Jos, *La expedición de Ursúa al Dorado y la rebelión de Lope de Aguirre*, Huesca, ed. Imprenta V. Campo, 1927, y *Ciencia y osadía sobre Lope de Aguirre el Peregrino*, Sevilla, ed. CSIC, 1950; Además, trabajos breves pero que considero dan en ciertas claves de los personajes, dos del etnólogo CARO BAROJA, J. *Lope de Aguirre «traidor» – Pedro de Ursúa el caballero*, Madrid, ed. Caro Raggio, 2014.

se desató un querencia especial por el personaje. Bolívar habría opinado que la conocida carta dirigida por Lope de Aguirre a Felipe II desnaturizándose de él debería ser considerada como «el acta primera de la independencia de América»³.

Además del campo puramente político existen otros campos jurídicos que ofrecen abundante documentación que, sin embargo, desde mi punto de vista, no han merecido el suficiente interés por parte de los estudiosos. Comprobaremos que existen estos elementos jurídicos en la espeluznante aventura de la expedición de Ursúa que los relacionan con el más antiguo derecho romano, el del lejano y vaporoso tiempo de la monarquía y, después con el de las XII Tablas, con el derecho clásico, el justinianeo, la legislación gótica, la medieval, desembocando definitivamente en los más modernos códigos de Europa y América.

Intentaré exponer, *breviter*, la expedición al reino de Omagua o El Dorado, que ya ha sido suficientemente narrada, además de por los cronistas, por los historiadores que les sucedieron. Tal cosa es de obligado cumplimiento ya que constituye el supuesto de hecho previo del caso que nos va a ocupar. Tras intensos enfrentamientos civiles entre los diversos bandos que conquistaron el reino de los incas en el Perú el virrey, el marqués de Cañete, siguiendo las instrucciones dadas por la Corona de resolver en la medida de lo posible el problema de la existencia de grupos de militares que habían quedado insatisfechos del resultado de la conquista y deambulaban peligrosamente por la tierra, envió a Pedro de Ursúa, a quien ya había utilizado anteriormente para sofocar una rebelión de negros cimarrones en el Reino de Nueva Granada, al descubrimiento del país de Omagua o El Dorado y a su poblamiento. La expedición se montaba en función de las noticias que habían traído ciertos indios brasiles que habían remontado el Amazonas en gran número y también por las noticias aportadas por los miembros de la expedición de Orellana en su bajada por el Orinoco en búsqueda del País de la Canela. Las noticias resultaron en gran medida fantásticas, sino falsas, pero anunciaban la existencia de una ciudad áurea, El Dorado, y un cacique que, embadurnado en oro puro, se bañaba asiduamente en un lago. Y en aquel tiempo todo lo que tuviera que ver con oro y metales preciosos adquiriría automáticamente márchamo de realidad. La expedición, que tenía como objeto descubrir y poblar, resultó un fracaso, pero se bajó por primera vez el Amazonas desde el Perú hasta su

³ Galster adjudica esta identificación a Otero Silva, GALSTER, I. *Aguirre, op. cit.*, pp. 224-227, por su novela *Lope de Aguirre, príncipe de la libertad*, ed. Seix y Barral, 1979. Es un ejemplo de cómo la novelística se enreda con la historia y la política, generando apócrifas evidencias.

desembocadura en el océano y los hechos que la afectaron zarandearon fuertemente la sociedad castellana, inmersa en el proceso de conquista y evangelización del Nuevo Mundo.

Fueron muchos los avatares que se vivieron y debido, precisamente, a la gravedad de lo acontecido es una de las expediciones que más atención ha merecido de cronistas, relatores, historiadores, funcionarios, y políticos, tanto contemporáneos del acontecimiento, como posteriores. Además, la necesidad de explicarse ante los procesos que se abrieron, en gran parte promovidos por la propia Corona que entendió que lo que había ocurrido había sido muy grave, y que era preciso atajarlo dando una respuesta ejemplarizante en un momento en que las cosas no estaban esclarecidas ni aseguradas en la región, fue lo que condujo a que se produjeran tantas crónicas y relaciones.

Nada más echarse al río las embarcaciones fabricadas se desbarataron y se perdieron la mayor parte de los caballos y enseres que los expedicionarios pretendían transportar⁴. No debemos de olvidar que no se trataba únicamente de explorar o conquistar, sino de poblar. Por esa razón en la expedición iban no sólo soldados, sino criados, indios y negros, y también mujeres. Se llevaban también animales de todo tipo. Con lo que la pérdida debió de producir gran desencanto.

Una vez río abajo, tras un tiempo y variadas vicisitudes, se produjo una confabulación para asesinar al jefe de la expedición, Pedro de Ursúa. En su lugar se puso a Fernando de Guzmán a quien, al poco tiempo, se le nombró príncipe, para terminar de coronarlo por rey una vez llegados y conquistado el Perú, mientras que los expedicionarios dirigidos por Lope de Aguirre se desnaturaban de su rey original, Felipe II, dirigiendo, tiempo después, aquel una renombrada carta a éste, que se ha conservado y que ha sido uno de los motivos, no cabe duda, de que la acción de Lope haya tenido la proyección que he comentado: «... para hacer esto era menester que se desnaturasen de los reinos de España y negasen el vasallaje que debían al rey don Felipe; y que él desde allí decía que no le conocía, ni le había visto, ni le tenía ni quería por rey; y que elegía por su príncipe y rey natural a don Fernando de Guzmán y

⁴ Por muy buenos carpinteros de ribera que llevara la expedición llama la atención la audacia de construir bergantines, ¡en tan sólo unos meses!, para surcar unos ríos que en su navegación en sus cursos superiores resultan totalmente salvajes e inapropiados para embarcaciones de las características de un bergantín. Y con maderas con las que no podrían tener todavía la familiaridad suficiente para conocer su resultado en una embarcación de ese calado. De hecho, parece que resultaron mucho más eficaces las embarcaciones tipo gabarra (sin quilla) que también se construyeron.

como a tal le iba a besar la mano; que todos los que quisiesen le siguiesen y hiciesen lo mismo»⁵.

Al poco tiempo le tocó al propio Fernando de Guzmán que fue asesinado por los más radicales de los miembros de la expedición dirigidos siempre por Aguirre, quien, habiéndose convertido en su jefe, tras muchas y terribles vicisitudes, descienden el Amazonas y desembocan al océano.

Durante esa larga travesía oceánica rumbo norte arriban a la isla Margarita, frente a las costas de Venezuela. En todas las poblaciones en las que recalan prende el terror con incendios, saqueos y asesinatos. La intención declarada del guipuzcoano es dirigirse al Perú para, combatiendo a las tropas fieles a la Corona, hacerse con esa tierra y sus riquezas, para recuperar lo que, según el vasco, les correspondía por derecho. Tras la isla Margarita se desplaza a Tierra Firme (Burburata, Barquisimeto, Valencia, Tocuyo) donde a duras penas sigue avanzando intentando ser repelido por las tropas leales al campo del rey. Poco a poco los suyos le van abandonado hasta que es muerto por uno de ellos, no sin antes, haber asesinado Aguirre a su propia hija para que no se convirtiera, según él, en «colchón de ruin gente».

El gobernador Pablo Collado manda descuartizar el cuerpo de Aguirre, a quien ya habían decapitado los suyos, y manda también que la cabeza se exponga en una jaula en el rollo de la plaza del Tocuyo y los cuartos en los caminos. Sin embargo, Collado, tiene en consideración de la Corona, una actuación bastante laxa en la persecución, juicio y condena del resto de los marañones, concediendo el perdón que había prometido en los enfrentamientos que se habían tenido nada más pisar Tierra Firme.

Cuando las noticias llegan a España se toma conciencia de la gravedad del hecho y se considera que es de rigor imponer un escarmiento público, por lo que se envía a un juez, Alonso Bernáldez de Quirós⁶, para que lleve el juicio de residencia contra Collado, y localice, detenga, juzgue y condene a los miembros de la rebelión. E, incluso, que lleve a cabo un juicio póstumo a Lope de Aguirre, por crimen de lesa majestad. Cosa que cumple en la medida de lo

⁵ Diego de Aguilar y Córdoba, *El Marañón*, edición de Julián Díaz Torres, Madrid, ed. Iberoamericana & Vervuert, 2011, p. 290.

⁶ Según Fray Cipriano de Utrera era natural de Medellín, estudió en Salamanca y se licenció en leyes en 1550. En Santo Domingo, donde era regidor, se hallaba bajo el amparo del oidor Diego Sánchez de Angulo. Fue gobernador de Venezuela por dos ocasiones. Residió a Collado y lo condenó a muerte, aunque, aceptando su apelación, lo mandó preso a España. A pesar de que parece que se le reconocía un buen gobierno no pudo salvarse de algunas acusaciones y fue residenciado por Pedro Ponce de León siendo acusado de hacer tratos con el pirata John Hawkins. Se le exigieron fianzas de hasta 20.000 pesos, pero no se conoce que llegara a ponerlas, ni que fuera a prisión, siendo protegido por Doña Brígida de Angulo y por Fray Diego de Contreras. AGI, Indiferente General 5090; Santo Domingo 71, 73, 74, in FRAY CIPRIANO DE UTRERA, *Historia militar de Santo Domingo (Documentos y noticias)*, tomo II, Santo Domingo, 2.ª ed. 2014, pp. 90-91, 1.ª ed. Ciudad Trujillo, 1947; Rodríguez de la Torre, f. Real Academia de la Historia, <http://dbe.rah.es/biografias/35131/alonso-bernaldez-de-quiros>, visitado el 8-4-2019.

posible condenando a Collado por pasividad y a Lope de Aguirre por crimen de lesa majestad. Sin embargo, tiene dificultades para poner ante él al resto de los rebeldes, puesto que muchos de ellos se habían dispersado ya⁷.

De toda la documentación que se ha conseguido recuperar destacan las diferentes crónicas y relaciones de participantes o cercanos a los hechos⁸, varias historias de contemporáneos que escribieron al poco tiempo de lo sucedido⁹, y, espigando toda esta documentación, tres cartas que se consideran dictadas por Aguirre. Una la ya mencionada dirigida al rey Felipe, otra al padre Montesinos y otra al gobernador Collado, item plus de algunas arengas que dirige a su tropa y que se cuelan en las crónicas¹⁰.

En el relato que cronistas, relatores, historiadores, juristas y otros interesados hicieron de «La entrada de la expedición de Don Pedro de Ursúa en la región de Omagua o el Dorado, de la rebelión de Don Fernando de Guzmán, y de la desnaturalización y alzamiento de Lope de Aguirre el Loco, contra su rey, Felipe II», la mayor parte se han centrado en los aspectos referidos más arriba. Aquellas cuestiones que se fijaban en los pormenores de la expedición hasta la muerte de su jefe. Pero pocos han recalado en un aspecto escasamente mencionado por cronistas y relatores. Quizás porque se consideró que lo que merecía dar a conocer era la figura del fuerte caudillo de los marañones para que con su muerte se cerrara el ciclo. Pero pocos han tenido en consideración el juicio *post mortem* que se lleva contra Aguirre por crimen de lesa majestad y los

⁷ Emiliano Jos sigue la pista de algunos de ellos. Jos, E. *La expedición de Ursúa*, op. cit., pp. 122 y ss.

⁸ Estos son los cronistas y relatores que han narrado la expedición: 1. La crónica de Pedro de Monguía (1561); 2. La crónica de Gonzalo de Zúñiga (1562); 3. La crónica de Custodio Hernández (1562); 4. la carta relación de Juan de Vargas Zapata (1561); 5. La crónica anónima (1561); 6. La crónica de Francisco Vázquez (1562); 7. La crónica Vázquez-Almesto (1562); 8. La crónica de Toribio de Ortiuguera (1586); 9. El libro *El Marañón* de Diego de Aguilar y Córdoba (1578); 10. La declaración del marañón Álvaro de Acuña (1561); 11. La crónica de Pedrarias de Almesto (1561); 12. La crónica del marañón Juan de Valladares (1561); 13. La relación Pérez (¿hijo de Juan Pérez de Usano?); 14. La crónica de López Vaz (1587?); 15. La crónica del capitán Altamirano; junto con ello tenemos las declaraciones de los marañones en sus diversas deposiciones ante las instancias judiciales y una interesante relación que debió de llevar a cabo el juez Bernáldez y que envió a Felipe II, tal como el propio juez confiesa en carta a su majestad, misiva que Jos recoge en su obra *Ciencia y osadía sobre Lope de Aguirre*, pero no la propia relación del juez que se halla desaparecida. Relación de ello la tenemos en GALSTER, I. *Aguirre*, op. cit., pp. 776 s.; en MARTÍNEZ-TOLENTINO, J., *Dos crónicas desconocidas de Lope de Aguirre*, Madrid, ed. Fundamentos, 2012, p. 35; También en los dos trabajos citados de Emiliano Jos y en MAMPEL, E., ESCANDELL, N. *Lope de Aguirre. Crónicas*, ed. 7,1/2, Barcelona, 1981. Sin embargo, no son las únicas, y se sospecha que debió de haber más.

⁹ Por lo general siguen la crónica de Francisco Vázquez o se fijan en Aguado como precedente de ellos: Fray Reginaldo de Lizárraga, Fray Pedro de Aguado, Diego de Aguilar y Córdoba (ya citado), Fray Pedro Simón, José de Oviedo y Baños, Inca Garcilaso de la Vega, etc. Relación exhaustiva en GALSTER, I. *Aguirre*, op. cit., pp. 777 ss.

¹⁰ Se lee en la relación de Gonzalo de Zúñiga una de sus arengas al salir de Nueva Valencia en Tierra Firme, muy típica, por otra parte, del estilo de Aguirre. Todavía tenemos constancia de otra carta dirigida a los habitantes de la Nueva Valencia.

procesos que se extienden a sus partidarios. Para lo cual la Real Audiencia de Santo Domingo, como he dicho, envía a Bernáldez de Quirós, «Ojo de plata», como juez de residencia y gobernador de la Venezuela.

Los cronistas, relatores e historiadores no reparan, o lo hacen, cuando lo hacen, con tímida asiduidad y escaso fervor en el pasaje en que el gobernador Pablo Collado ordena el desmembramiento del cuerpo del traidor, la exposición de sus partes en diferentes lugares de sus andanzas, la decapitación y exposición en una jaula en el rollo de la plaza del Tocuyo de su cabeza hasta que se convirtiera en cenizas, y, por último, la entrega, como premio, de las manos seccionadas a los participantes en su derrota, a los de Mérida, la mano derecha, a los de la Nueva Valencia, la izquierda. Tal condena se ejecuta, al parecer, en ausencia de un juicio previo puesto que Aguirre había sido muerto por uno de sus hombres, muy probablemente, con la finalidad de que no hablara y, en consecuencia, no desvelara la voluntaria y ardorosa participación de éstos en las fechorías, muertes y ejecuciones, y, lo más grave, en el acto de rebelión frente a su majestad, lo que les convertiría, igualmente, en reos de lesa majestad.

Collado evita el enjuiciar a los partidarios de Aguirre. Envía a una parte importante de ellos a sofocar una rebelión de indígenas caracas en Tierra Firme (provincia de Venezuela) y permite la libre circulación a otra parte de ellos, lo que aprovechan para dirigirse al Perú, destino declarado de su jefe con la intención de conquistar el territorio de donde habían partido en su búsqueda del Dorado. La noticia llega al continente y la Corona no está dispuesta a que tal acto de rebelión pase sin un castigo ejemplar. Probablemente, porque se consideraba que se corría el riesgo de que se pudieran producir rebeliones similares, lo que pondría en peligro la labor de conquista y aquietamiento de aquellas tierras del Nuevo Mundo. Hay que volver a recordar aquí los innumerables actos de verdadera guerra civil que habían estallado en diferentes momentos y lugares de América, particularmente graves en el Perú.

II EL PROCESO ANTE EL JUEZ BERNÁLDEZ DE QUIRÓS Y LA SENTENCIA

De modo que cuando Alonso Bernáldez de Quirós llega, en el mes de noviembre de 1562, a Burburata, con la misión de tomar juicio de residencia al gobernador Collado, y perseguir, detener, juzgar y, en su caso, condenar a los marañones desperdigados, la rebelión ya ha sido sofocada. Los historiadores que coetáneamente se han dedicado a narrar estos acontecimientos tampoco han mostrado excesivo interés en comentar este hecho y sus noticias son pun-

tuales, parciales, de forma que nos vemos obligados a recurrir a otras fuentes para conocerlo.

Del contenido de la sentencia, descarto el supuesto de hecho que previamente se ha comentado y que se describe con cierta prolijidad, y transcribo aquí el fallo del juez Bernáldez, que se dicta en Tucuyo el 16 de Diciembre de 1556¹¹.

ffallo que devo declarar y declarava y declaro, el dicho tirano lope de aguirre aver cometido crimen lese magestatis contra la magtt. rreal del rrey don felipe nuestro señor, y averle sido traydor muchas vezes, en cuya consecuençia, condenava y condenó a su fama y memoria a q. desde oy en adelante y desde la ora q. p.ºpuso y determino de cometer trayçion y tirania, a q. sea tenyda por de hombre traydor y tirano contra su rrey y señor natural, y como tal, declaro aver sido justamente degollado y hecho quartos. Asi mismo declaro todos y qualesquier bienes que dexase, abellos perdido e ser e pertenecer a la camara e fisco de su magestad, y por tal los aplico, e mando q. doquiera q. el dicho lope de aguirre dexase casas de su morada, le sean derribadas por los çimientos, de arte que no quede figura ni memoria dellas ni de parte dellas, y ansi derribadas sean aradas y sembradas de sal, con pregon publico desta sentencia Asi mismo declaro todos los hijos barones que del dicho aguirre ayan quedado, ora sean legitimos o bastardos o espureos, por infames para siempre jamas, como hijos de padre traydor e tirano, a los quales tambien declaro por yndignos e yncapazes de poder tener honrra de caualleria ni denidad, ni officio publico ni otro de los proybidos en derecho, ni poder rresçibir herençia ni manda de pariente ni destraña persona, y condeno a la dicha memoria e bienes en lo arriba dicho, y mando que esta sentencia se cunpla y execute sin embargo de apelación que qualquiera persona quiera poner, y que para execuçion y cumplimiento della se den cartas de Requisitoria y de justicia para todos los rreynos y señorios de su magestad e para los juezes y para las justiçias dellos, para que ansi lo cumplan e hagan cunplir y executar, y por esta mi sentencia deffinitiva juzgando ansy, lo pronuncio y mando con costas y penas legales aplicadas a quien de derecho se aplican. / el liçenciado bernaldez.

¹¹ Aunque el propio escribano redactor de la sentencia dice al final que *el dicho señor gobernador que enella firmo su nonbre, en la dicha ciudad del tocuyo a dies y siete dias del mes de diziembre del año del señor de mill y quinientos y sesenta e vn años*. Es decir, un día después de lo que reza en el encabezado y que redacta el mismo escribano: *diez y seys dias del mes de diziembre*. Es recogida por Jos, E. *La expedición de Ursúa, op. cit.*, pp. 116-117 y 202-205. AGI. Justicia. Distrito de Santo Domingo. Pleitos fiscales de 1559 a 1564. Estante 51, cajón 6, legajo 13/11 ramo 3.

Merece señalarse, igualmente, uno de los fallos que posteriormente hace contra algunos de los partidarios de Aguirre a los que alcanza a juzgar. Sentencia que entrega a García de Paredes con la orden de que se traslade a Nueva Valencia donde se encontraban parte de ellos para que los prendiera y entregara al general Ojeda para que inmediatamente procediera a ejecutarla. El fallo se pronunció el día 31 de Diciembre¹². García de Paredes cumple entregando a Ojeda 15 marañones. Éste se niega a ejecutar la sentencia asegurando que los entregaría en la Audiencia de Santo Domingo, cosa que parece hacer¹³.

ffallo que por la culpa que contra ellos resulta, les debo de condenar y condeno en pena de muerte natural, la qual padezcan y les sea dada y executada en sus personas, aorcandolos por las gargantas de orca o entena o de otra cosa conbiniente, a donde esten pendientes hasta tanto que se les acabe la vida y mueran naturalmente apartandoseles las almas de los cuerpos, e ansi muertos sean arrastrados a colas de caballos y luego sean ffechos a cada uno quatro quartos, los quales y sus cabezas, que luego les seran cortadas, sean puestos y puestas a trechos, en palos altos del suelo, por el camino que ba desde Burburata hasta Bariquicimeto por donde dicho tirano bino caminando hasta que fué muerto y ben-cido; más les condeno en perdimiento de todos sus bienes... y si casas tubiesen... mando que les sean derribadas y de sal sembradas... la dicha sentencia... si della algunos apelaren bos mando que les otorgueis las apelaciones para ante... la Real Avdiencia de la Española.

Si alguna novedad hay que merezca ser tenida en cuenta en acontecimiento tan estudiado, y desde tan diversos puntos de vista, es la cuestión de la intervención del juez de residencia Bernáldez en el juicio que lleva al gobernador Pablo Collado por su meliflua actuación en la persecución y enjuiciamiento de estos hechos y personajes¹⁴. El juicio de residencia era un instrumento propio del derecho castellano, aunque, al parecer, su origen estaría en el derecho romano tardío, y fue incorporado a las Siete Partidas a mediados del siglo XIII. Establecido en la *Pragmática* de los Reyes Católicos, viajó temprano

¹² El fallo lo recoge JOS, E. *La expedición de Ursúa*, op. cit., pp. 122 s.

¹³ Una de las reales cédulas que son enviadas desde España reza así: «vos mando... les hagais prender los cuerpos y ansi presos procedais contra ellos conforme a derecho haciendo sobre ello justicia a las partes a quien tocare, y para que sepais los que fueron en la dicha conjuracion...vos mando una Relación... por donde entenderéis los nombres dellos para proceder contra ellos conforme a justicia, y a lo que en ellos haçierdes nos enviareis relación con toda brevedad, y estareis advertidos de dar horden como ninguno destos culpados quede en esas partes en ninguna manera ni por ninguna via». JOS, E. *La expedición de Ursúa*, op. cit., 123.

¹⁴ (...) me fue mandado por ella que viniese a tomar residencia al liçend.º pablo collado q hasta agora governaua esta prouincia de veneçuela, por aver de el muchos querrellosos, carta del licenciado Bernáldez a su Majestad, in JOS, E. *Ciencia y osadía*, op. cit., pp. 134-137.

al Nuevo Mundo y se incorporó a las Leyes Nuevas de 1542-1543. Por último, en 1681, se incluyó en la *Recopilación de Leyes de Indias*¹⁵.

El juez contaba con un tiempo establecido, 60 días. El residenciado no debía abandonar el lugar, debía «residir» en él, de ahí el nombre. Antes que la persona juzgada tuviera oportunidad de declarar, el juez tomaba declaraciones de testigos, solicitaba pruebas, podía consultar archivos y organismos varios, visitar la cárcel, e, incluso, recibir denuncias anónimas. Por último, interrogaba al residenciado que podía aportar pruebas y testimonios. Los particulares podían presentar denuncias, pero si las denuncias resultaban falsas debían correr con las costas del proceso o arriesgarse a una acusación por falso testimonio. Las penas que el juez de residencia imponía eran mayormente pecuniarias, pero, especialmente, consistía en la inhabilitación temporal, y, en los casos graves, inhabilitación perpetua¹⁶.

De inicio hay que subrayar que se trata de un juicio póstumo, por eso se enuncia como juicio hecho a *su fama* (*condenó a su fama y memoria*). En Partidas se recoge esta probabilidad de actuar de forma póstuma. Bernáldez se ve que está ciñéndose a lo que la legislación alfonsí de las Partidas le marca:

*Et esta trayción es de tal natura que maguer muera el que la fizo ante que sea acusado, pudiendo acusar aun después de su muerte (...) debe el rrey judgar al muerto por enfamado de trayción*¹⁷.

Por lo tanto, nos encontramos ante una actuación *post mortem* que no suele ser algo frecuente en el derecho procesal de todos los tiempos. Los ordenamientos jurídicos modernos contemplan la muerte como causa de extinción

¹⁵ El origen del juicio de residencia estaría en el derecho romano tardío, actualizado en Italia con el *sindicato*, y de allí introducido por Alfonso X el Sabio en las *Partidas*. Fue un instrumento empleado profusamente por los españoles en la administración de las tierras descubiertas y existe una amplia bibliografía que, sólo parcialmente, voy a apuntar aquí: VACCARI, L. *Sobre Gobernadores y Residencias en la provincia de Venezuela (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Fuentes para la historia colonial de Venezuela. Caracas, 1992; Idem, *Evolución de los juicios de residencia en Venezuela (Siglos XVI-XVIII)*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1974; GONZÁLEZ ALONSO, B. *El juicio de residencia en Castilla*, AHDE 48 (1978) 193-247; VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., *Juicio de residencia a un conquistador, Pedro de Alvarado: su proceso de residencia en Guatemala (1536-1538)*, Madrid, 2008, ed. Marcial Pons; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. *Las «Partidas» y los orígenes medievales del Juicio de residencia*, BRAH, 153 (II, octubre-diciembre, 1963), 205-2; URQUIJO, M. L. *El Agente de Administración Pública en Indias*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 1998; ALONSO ROMERO, M. P. *Las Cortes y la Administración de Justicia*, in *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1989, 538-9; SMIETNIANSKY, S. *El juicio de residencia como ritual político en la colonia (Gobernación de Tucumán, siglo XVIII)*, in *Memoria americana, versión On-line*, n.º 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ene./dic. 2007; Idem, *El estudio de las instituciones del gobierno colonial. Una aproximación etnográfica al juicio de residencia como ritual*; Corpus, 2, 1 (2012) p. 3 s.

¹⁶ SMIETNIANSKY, S. *El estudio de las instituciones del gobierno colonial. op. cit.*, pp. 3 s.

¹⁷ Partidas VII,2,3.

de la responsabilidad criminal. Pero en la Antigüedad habíamos visto la práctica de la *damnatio memoriae* llevada a cabo a emperadores por el Senado, o, puntualmente, en época medieval, tal como el juicio al papa Formoso¹⁸, o, posteriormente, el juicio a Alvar Nuñez juzgado por traición por Alfonso XI¹⁹, o al conde de Villamediana²⁰, o, incluso, al pintor Velazquez, por meras deudas fiscales²¹.

El juez abre el fallo con una cláusula predeterminada –*devo declarar y declarava y declaro*– estableciendo que la condena es por *crimen laesae maiestatis* (*aver cometido crimen lese magestatis*) contra *la magestad rreal del rrey don felipe nuestro señor*, al que le fue *traydor muchas vezes*. Y, por si cupiera duda, repite y amplía, que lo cometido entraba dentro del concepto de *traycion y tirania* condenándolo como *hombre traydor y tirano contra su rrey y señor natural*.

De entrada, la cláusula: *devo declarar y declarava y declaro* tal cual aparece en la sentencia de Bernáldez no la encuentro por mucho que la he buscado. He encontrado fórmulas de la época tales como: *Debo condenar y condeno*, *Debo absolver*, y *absuelvo*, *Debo declarar y mandar*, *Debo declarar*, y *declaro*..²², o fórmulas en alguna sentencia contemporánea como *Debo declarar y declarar y declaro*, (sic)²³ pero en ningún caso la que trae la sentencia. Es difícil pensar que haya sido un error del escribano, y menos del juez Bernáldez, del que conocemos que era licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca. El «*declarava*» empleado, entiendo, se refiere a una actuación enmarcada en el pasado. Pero ¿cuál?

¹⁸ Es conocido el juicio que se llevó a cabo contra el papa Formoso por su sucesor Esteban VI el año 891 en lo que se conoció como el «sínodo cadavérico». A Formoso que llevaba muerto escasos nueve meses se le desenterró, se le vistió con los ornamentos de su rango, se le sentó en un sitial en la sala, se le juzgó, se le condenó y se le arrojó al Tiber. SAMPEDRO-ARRUBLA, J. A., *Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal desde las víctimas*, Universitas, Bogotá (Junio, 2008) supl. 116, p. 155, n. 6.

¹⁹ El rey hace que lleven ante él el cadáver de Alvar Nuñez, le juzga por traición, es condenado, quemado y todos los bienes pasan a la Corona. F. Sánchez de Valladolid: *Crónica del rrey don Alfonso el onceno*, Biblioteca de Autores Españoles 67, Madrid, ed. Cayetano Rosell en *Crónicas de los Reyes de Castilla*, t. I, p. 219. in VILLARROEL, O., *El crimen político en la Baja Edad Media en Castilla: entre la oposición política y el delito*. Segunda parte. Documentos 1, Clío & Crimen, 5 (2008), p. 413.

²⁰ PÉREZ VAQUERO, C., *Anécdotas y curiosidades jurídicas / iustopia*. Ingresado el 7-11-2016; Visitado el 6-4-2019. <http://archivodeinalbis.blogspot.com/2016/11/el-juicio-postumo-al-conde-de.html>.

²¹ PÉREZ VAQUERO, C., *Anécdotas y curiosidades jurídicas / iustopia*. Ingresado el 29-4-2011; Visitado el 6-4-2019; <http://archivodeinalbis.blogspot.com/2011/04/la-condena-postuna-de-velazquez.html>.

²² Vid ORTEGO GIL, P., *Sentencias criminales en Castilla: entre jueces y abogados*, Clío & Crimen, 10 (2013), p. 365 n. 21; p. 368; p. 369; 370 n. 41 y n. 42; SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *El arbitrio judicial en el antiguo régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 164 y 194.

²³ En sentencia del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco n.º 1579/2005 de 25 de octubre de 2005.

En síntesis, la sentencia establece, 1) que es «*traydor y tirano*»; 2) le condena a ser «*degollado y hecho quartos*»; 3) confisca sus bienes: «*declaro todos y qualesquier bienes que dexase, abellos perdido e ser e pertenecer a la camara e fisco de su magestad*»; 4) Le condena también a que sus casas *le sean derribadas por los çimientos* y sus tierras *sean aradas y sembradas de sal*.²⁴; 5) se habilita el pregón para dar publicidad a la sentencia (y humillar, más si cabe, al condenado); 6) Aplica la infamia a su descendencia masculina: «*declaro todos los hijos barones que del dicho aguirre ayan quedado (..) por infames para siempre jamas*»..

El juez da por buenas las actuaciones anteriores en lo que respecta a la degollación y al descuartizamiento. Evidentemente, no puede aceptar el que no se le hubiera seguido juicio, puesto que si él ha sido enviado es a ocupar ese vacío y llevar a cabo un juicio que debía resultar ejemplar. El *crimen laesae maiestatis* se halla recogido en las Partidas que, como sabemos, es derecho vigente en el Nuevo Mundo. El código de Alfonso X recoge, a su vez, un tratamiento del delito de rebelión o traición que arranca del derecho romano en esta materia y que siguiendo un hilo conductor que nos traslada desde la antigua Roma, Justiniano, el *Liber*, el Fuero juzgo y las Partidas, nos conduce al estado moderno y al tratamiento contemporáneo de esta materia en los códigos contemporáneos.

En consecuencia, cuestiones relacionadas con este crimen y su castigo se verán inexorablemente contempladas en la sentencia de Bernáldez, tales como la forma que adopta la pena impuesta: decapitación, desmembramiento, muerte civil del condenado, confiscación de bienes y destrucción de la casa solar, sembrado con sal de las tierras y transmisión de la infamia a los descendientes varones.

El juez en la sentencia sigue lo que dicen las Partidas. El reo de traición «*debe morir por ende; et todos sus fijos que son barones deben fincar por en-famados para siempre, de manera que nunca puedan haber honra de caballería fin de otra dignidat, nin oficio: nin puedan heredar de pariente que hayan, nin de otro extraño que los estableciere por herederos, nin puedan haber las mandas que les fueren fechas*»²⁵.

²⁴ No hay que descartar el sentido simbólico del acto derribo de la casa y el de sembrar de sal las tierras de labor (otra cosa es el efecto práctico). Se trata de un acto de impurificación, de abortamiento a largo plazo de tierras fértiles. Una tradición que parece existía ya en las antiguas culturas mesopotámicas y, en general, en el Oriente Próximo. También en Roma observamos el acto de la destrucción de la casa en los más antiguos tiempos de los siglos V y IV a. C., práctica que se extiende a la época ciceroniana. RODRÍGUEZ-ENNES, L. *Realidad histórica y elementos legendarios en la 'seditio Manliana'*, Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino, I (Napoles, 1984) p. 72.

²⁵ Partidas VII,2,2.

Por otra parte, para la *época*, el crimen de lesa majestad vendría siendo aplicado con cierta naturalidad. Sólo un par de ejemplos del tiempo y de los lugares en los que se mueve nuestro protagonista.

El caso de Francisco Hernández Girón. Como se sabe se rebeló contra la Corona, fue derrotado, detenido, juzgado y condenado. Se le aplicó en Cuzco la pena de lesa majestada. Lo sacaron a ajusticiar a mediodía enviando delante un pregonero que iba voceando su crimen. Metido en un serón atado a la cola de una caballería lo arrastraron por las calles. Le cortaron la cabeza y la fijaron en el rollo de la plaza mayor. Se mandó que sus casas fueran derribadas y sus campos arados y sembrados con sal. Se colocó una lápida relatando la naturaleza de su crimen²⁶.

El caso de Alonso Cobos, justicia mayor de Cumaná, que es prendido por una injusticia cometida al aplicar de forma impropcedente la pena de muerte, muy probablemente por lesa majestad, a un Franciso Fajardo, mestizo natural de Margarita, quien había rendido importantes servicios a la Corona y que ya se las había tenido con el gobernador Collado. Cobos enjuicia y condena Fajardo a ser arrastrado por las calles de Margarita antes de ser ahorcado y partido en cuartos. Por temor a que la ejecución no se llegara a producir a causa de la reacción de sus amigos, que los debía de tener y muchos, es ejecutado previamente en la prisión, y según dice Baralt, viendo que los verdugos andaban remisos en matarle, le puso el mismo la cuerda. Los amigos de Fajardo tomaron preso a Cobos y lo presentaron ante las justicias. Es ahora cuando la Audiencia de Santo Domingo condena a éste y le aplica la pena con la que había sentenciado al mestizo, siendo arrastrado por las calles, ahorcado y desmembrado²⁷.

Los casos de Gonzalo Pizarro y Francisco Carvajal²⁸. También fueron pasados por la ignominia del paseo hacia el cadalso, muertos y descuartizados, sus cabezas mostradas en una jaula en el rollo de la plaza, sus casas derribadas por los cimientos y sus tierras sembradas de sal. Con una diferencia, el Demonio de los Andes, al no ser noble, fue ahorcado, mientras Pizarro era decapitado.

²⁶ INCA GARCILASO, *Comentarios reales*, ed. Imprenta de los hijos de D.^a Catalina Piñuelas, Madrid, 1829, t. 5, 270.

²⁷ BARALT, R. M. *Resumen de la historia de Venezuela*, ed. UNERMB, 2016, 2.^a edición, t. 1, 307-309. (1.^a ed. 1841).

²⁸ Se dice de este último, personaje socarrón, que en yendo en el serón y teniendo la gente agolpada, escupiéndole y pateándole, decía con todo humor: «Señores, paso a la Justicia». Ya en el cadalso, Carvajal, que en su vida se había llevado a muchos por delante, le dijo al verdugo: «Entre nosotros, de sastre a sastre».

Lope de Aguirre tuvo actitudes de rey y de estado. Se sabe que condenó a vecinos de la Margarita por supuesta alta traición a que sus casas fueran derribadas: «Uno de ellos llamado Alonso Pérez de Aguilera, se fugó de la ciudad, y sabido por el tirano fue el propio con muchos soldados suyos a su casa y se la hizo destejar y derribar como si hubiera sido traidor al rey..²⁹. La forma de obrar de los marañones parece la de un estado que aplica las Partidas en sus estrictos términos, de la misma forma que se había aplicado en su momento a Gonzalo Pizarro en el Cuzco en que su condena por crimen de lesa majestad soporta también que las casas que tiene en la ciudad sean derribadas por los cimientos y aradas de sal sus tierras.

En la expedición de Don Pedro de Ursúa al Dorado se produjeron situaciones que deberían haber tenido, por parte de los estudiosos, un mayor comentario del que han merecido hasta el momento. Se suscita, por ejemplo, una situación en la que no se ha ahondado lo suficiente, cuando Don Pedro de Ursúa, en su búsqueda de financiación del viaje, se topa con el sacerdote Pedro Portillo en la localidad de Moyobamba quien, en un primer momento, se muestra partidario de colaborar con la empresa y entregar una cantidad de dinero en contrapartida de la promesa de Ursúa de llevarlo con él en la expedición, con la esperanza de alcanzar un obispado. Pero, más tarde, el clérigo se echa atrás, lo que promueve la indignación del navarro, quien, por lo que se ve, se vale de medios no acordes con el derecho, ni con la dignidad de la persona violentada, incluso, con lo que se podría esperar de un miembro de la nobleza, para conseguir dominear la voluntad contraria del sacerdote, e, incluso, obligarle a soltar mucho más dinero del que en un principio había comprometido³⁰.

III. COMPORTAMIENTO BANDERIZO DE AGUIRRE

Al menos un mínimo comentario en relación a la cuestión jurídica que se desprende del acto de desnaturalización o desnaturalización de Lope de Aguirre de su ser como español y de su vínculo a la corona en la carta que dirige a

²⁹ Diego de AGUILAR Y CÓRDOBA, *El Marañón, op. cit.*, pp. 333 y 350.

³⁰ El suceso viene narrado por Fray Pedro DE AGUADO en su *Noticias históricas de Venezuela*, ed. Real Academia de la Historia, Madrid, 1919, vol. 2, pp. 240-242. La obra debió estar escrita muy cerca de los sucesos que se relatan y pudo estar terminada de redactar para el año 1581. Según cuenta Aguado, al religioso se le prepara una celada a media noche con el engaño de que se precisaban sus auxilios para un hombre que estaba al punto de la muerte. Llegado allá se le ponen dos arcabuces en el pecho, se le obliga a firmar un libramiento, y no contentos con ello, se le secuestra y se le lleva a la fuerza al lugar donde estaba concentrada la expedición, donde se le obliga a ceder el resto. Parece que viaja con los expedicionarios y perece definitivamente a manos de Lope de Aguirre.

Felipe II³¹. Probablemente, haya que contemplarlo en el contexto de la época. Este contexto es el de la salida de la Edad Media con el desprendimiento de las relaciones de vasallaje. «*Naturaleza e vasallaje son mayores debdos que onbre puede auer con su señor*» dicen las Partidas³². Y no debemos de olvidar que esas relaciones vasalláticas, a su modo, estuvieron presentes en la cotidianidad de las relaciones familiares de un vecino de Oñate. En este sentido, no se debe ocultar la cercanía de Lope a los conflictos banderizos, que tuvieron su epicentro precisamente en esa región del País Vasco. Este personaje tiene una estrecha vinculación al espíritu banderizo: el «valer más», el «acudir a apellido», el desprecio a mercaderes, a habitantes de las ciudades, a representantes reales, a «bachillerejos de dos nominativos». Todas ellas cuestiones que se contemplan en la carta que el oñatiarra dirige a su rey. El espíritu de Aguirre es banderizo, es medieval, es de vinculación personal, es de sentirse traicionado. Su batalla es por el valer más, como sucedía en las guerras de bandos: «*e la causa d'ella fue sobre cuál valería más en la tierra, como conteçe entre otras muchas gentes*»³³.

Existe un pasaje de estas «Bienandanzas e fortunas», que refleja muy claramente este espíritu que comentamos. En relación a la mala muerte que «*Pero Ferrandez de Velasco fizo a Juan López de Sant Pelayo*», se nos dice que engañaron a este hombre de 80 años y lo llevaron, junto con su hijo, con la intención de empozarlos. Este Pero Ferrandez «*pensándole porque valía tanto, pensó de lo matar a voz de justicia, ca era en el tiempo del rey don Pero de Castilla, que era mucho criminoso e ganó d'él un alvalá*». Es decir, que había conseguido del rey una cédula para juzgarlo y ejecutarlo «*a voz de justicia*».

Es preciso seguir la ejecución puesto que nos da una exacta y cruda imagen de la sociedad en la que nos movemos:

«E diéronle dos clerigos, a él uno e al fijo otro, e enpozaron al fijo delante, por le dar mayor pesar; e enpozaron a él, no lo dexando bien confesar los enemigos, e echáronlo al pozo del río. E tan esforçado se mostró e su cara alegre e su color no mudada como si estoviera en sus solazes, como solía; e así echado en el agua, que era asaz pequeña que dava de los pies en el suelo e que salía arriba la caveça sobre el agua e que le davan los enemigos con los cuentos de las lanças, e aun algunos con los fierros, e que les dezía cada vez que así salía: –'Dad, dad, fijos de putas, que, como tengo una alma e un cuerpo que toviese çiento, no vos podríades vengar de mí, que yo he seído en sacar tanta sangre de

³¹ CARO BAROJA, J., *Lope de Aguirre 'traidor'*, op. cit., pp. 34 ss.

³² Partidas II, 18, 32.

³³ Proemio del libro 23 de *Las bienandanzas e fortunas*, de Lope García de Salazar.

*vuestro linaje que no lo podríades vengar en otros treçientos tales como yo; e dad quanto podierdes'. E así lo fizieron morir penadamente.»*³⁴

El pasaje es estremecedor en su crudeza y nos acerca y nos permite entender una figura como la de Lope de Aguirre. Los vasallos de Ferrandez parecen presionar para que no ceda a las peticiones de clemencia y decían «*que lo acavase, si no, que ellos lo acavarían luego con sus manos e se desnaturarían d'él si luego no le enpozase*».

IV. EL *IUDICIUM POST MORTEM* Y EL *CRIMEN LAESAE MAIESTATIS*: DE LAS XII TABLAS A LAS PARTIDAS

Otra cuestión que no ha concitado excesivo interés es el mencionado *iudicium post mortem* que se lleva a cabo contra el caudillo de los marañones. Y tal ausencia de interés causa cierta perplejidad puesto que no es una cosa común el enjuiciamiento póstumo de los criminales. Nos recuerda a la *damnatio memoriae* de los emperadores, aunque, como veremos más adelante, el crimen de lesa majestad contempla en Roma el juicio póstumo de los culpables.

A partir de Marco Aurelio se solía acostumbrar a incoar esta causa, si se hubiera atentado contra la *maiestas* del príncipe, incluso, aún después de la muerte del reo: (...) *si quid contra maiestatem imperatoris commissum dicatur, etiam post mortem rei id crimen instaurari solere...*; que también se pueda incoar la causa tras la muerte de los culpables para destruir su memoria y no permitir que sus bienes se transmitan: (...) *ut etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari possit, ut convicto mortuo memoria eius damnetur et bona eius successoribus eripiantur*³⁵.

En cualquier caso, lo que trae más la atención es la acusación que se hace contra Aguirre y sus secuaces como *crimen laesae maiestatis*. La legislación bajomedieval recogió del Derecho Romano (Código Teodosiano y Código de Justiniano), entre otros delitos, como el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación de fondos, los delitos de alta traición contra el soberano³⁶.

El atentado contra la *maiestas* del estado romano era conocido como *perduellio* en sus orígenes y se recoge en una ley de la monarquía (Rómulo o

³⁴ LOPE GARCÍA DE SALAZAR, *Las bienandanzas e fortunas*, 23, Título de la mala muerte que Pero Ferrández de Velasco hizo en este Juan López de Sant Pelayo en Mena.

³⁵ C.9,8, 6pr.-4.

³⁶ QUINTANA ORIVE, E., *Acerca de la recepción del Derecho Romano en las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de responsabilidad de los oficiales públicos en la Baja Edad Media. Precedentes romanos del 'juicio de residencia'*, RIDA 59 (2012) 357 n. 4.

Tulio Hostilio) y, posteriormente, en las XII Tablas, aunque sin mencionarla por su nombre. *Perduellio*, que es sinónimo de *hostis*, se aplica al enemigo interior, es decir, al ciudadano romano, mientras que este término, el de *hostis*, se reserva al enemigo exterior. Es uno de los delitos más graves y vetustos del sistema penal romano. *Maiestas*, que derivaría de *maior*, se introduce en el procedimiento penal de mano de los magistrados plebeyos al considerar como el más alevoso atentado el intento de reducir el poder de estos (*crimen immunitae maiestatis tribuniciae*). Por lo que se comprueba que tiene una naturaleza sacra, que en sus orígenes cubriría la necesidad de mantener la *pax deorum*.

El ámbito bélico está presente en el concepto *perduellio*. Varrón lo contempla así: *Apud Ennium: quin inde invictis sumpserunt perduellibus. Perduelles dicuntur hostes; ut perfecit, sic perduellis, a per et duellum: id postea bellum. Ab aedem causa facta Duellona Bellona*³⁷. Los enemigos son los llamados *perduelles*, y este término se compone de *per* y *duellum*, que se transforma en *bellum*, lo que da el nombre de la diosa *Duellona Bellona*.

Las XII Tablas debieron de establecer ya la pena de decapitación para aquel que provocara al enemigo o le hubiera entregado un ciudadano: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri*³⁸. El bien protegido lo sería, por lo tanto, el pueblo romano en su conjunto y sus magistrados como representantes de ese mismo pueblo. El que en el Principado el *princeps* ocupe el espacio del magistrado es una consecución lógica. En los tiempos remotos pudo existir una magistratura extraordinaria, los *duoviri perduellionis*, que conocieron de estos casos³⁹.

En Livio tenemos el modo de la aplicación de la pena: «cúbrase con un velo la cabeza, cuélguese de un árbol no fértil, flagelado sea en el interior o en el exterior del pomerio»⁴⁰. Horacio es flagelado, Manlio arrojado por la roca Tarpeya (*praecipitatio e saxo*), para Rabirio se prevé su *flagellatio*.

En definitiva, podríamos decir que «*perduellio*» es la alta traición cometida por un romano contra sus propios compatriotas⁴¹.

³⁷ Varrón, *De lingua latina*, 7,49; PÉREZ CARRANDI, J., *La alta traición en el Derecho Penal romano monárquico-republicano: de la perduellio a la maiestas*, tesis doctoral, UCM, Madrid, 2018, 17-18.

³⁸ Si entendemos *qui hostem concitaverit* como provocar al enemigo, que se podría entender también como lanzarse (sin permiso) contra el enemigo.

³⁹ PÉREZ CARRANDI, J., *La alta traición*, op. cit., 22 pp. Los casos de Horacio (época monárquica), Manlio Capitolino (386 a. C.), Cayo Rabirio (63 a. C.), todos ellos por *perduellio*, son los hitos en los que se apoya el autor para defender la existencia de esta magistratura.

⁴⁰ Livio, *Ab urbe condita*, 1,26,6: *Lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent; si a duumviriis provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato uel intra pomerium uel extra pomerium*.

⁴¹ PÉREZ CARRANDI, J., *La alta traición*, op. cit., p. 129.

En cuanto a la *maiestas* se estableció ésta, en un primer momento, en el supuesto de atentado contra los dioses (*maiestas deorum*) trascendiendo paulatinamente a otros ámbitos: magistrados, paterfamilias, esposo y esposa, etc. Pero en el periodo que va de finales del siglo III a comienzos de siglo II a. C. se produce el asentamiento del principio que da paso a la *maiestas populi romani*, basada en su expansión, poderío y grandeza demostrada por el sometimiento a otros pueblos. Tal concepto de *maiestas* la vemos plasmada en el *foedum ini-quum* que Roma suele signar con los pueblos sometidos: *Imperium maiestate-mque populi Romani gens Aetolorum conservato sine dolo malo*⁴². La *maiestas*, como delito de alta traición, el *crimen maiestatis*, terminará acogiendo todos los ilícitos que eran recogidos anteriormente por la *perduellio*: la *seditio*, la *deditio* militar, la *adfectatio regni*, etc.⁴³.

Antes de la *lex Iulia de maiestate* se promulgarán unas cuantas más: la *lex Appulleia de maiestate*, del 103 a. C., la cual establece un tribunal permanente (*quaestio perpetua*) para conocer de los casos de alta traición llevados a cabo por los militares romanos. La *lex Varia maiestatis* del 90 a. C. propuesta para castigar a los *socii populi romani* y a los ciudadanos que les incitasen a entregar sus cuerpos de ejército al enemigo. La *lex Cornelia de maiestate* de Sila del año 80 a. C. que tuvo gran importancia al incorporar la *perduellio* al crimen de lesa majestad, fusionando los dos, y al establecer la *aqua et igni interdictio* como pena para el crimen de alta traición⁴⁴.

Y, posteriormente, será la *lex Iulia de maiestate* de época de Augusto la que rija en esencia esta materia⁴⁵. La citada *lex Iulia de maiestate* perseguía los ataques a la majestad del príncipe, incluso aunque fueran injurias dirigidas contra sus parientes directos⁴⁶. El Digesto recoge todo un título dedicado a este crimen, que se ve nutrido por pasajes de Ulpiano, Marciano, Scaevola, Modestino, Papiniano, Venuleyo y Hermógenes. *Proximum sacrilegio crimen est*⁴⁷, dice en el arranque del título Ulpiano. Lo cual entroncaría con el originario concepto de atentado a la *maiestas* tribunicia. Este jurista continúa desgranando todas las posibilidades que ofrece este horrendo delito: *es aquel que se comete contra el pueblo romano (...), el que hace que se junten en la ciudad con piedras o armas arrojadizas gentes acechando la república (...), el que*

⁴² LIVIO, *Ab urbe condita*, 38,11; PÉREZ CARRANDI, J., *La alta traición*, op. cit., pp. 138 y ss.

⁴³ PÉREZ CARRANDI, J., *La alta traición*, op. cit., p. 156.

⁴⁴ CASTRO-CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del Senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Sevilla, 2000, ed. Universidad de Sevilla, p. 39-40 y 322. Para la autora verdadera piedra angular del sistema de protección de la *maiestas* y de la fusión entre *perduellio* y *crimen maiestatis*.

⁴⁵ MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*, 2,233 ss.

⁴⁶ TÁCITO, *Annales*, 2,50.

⁴⁷ Dig.48,4,1pr. (Ulp. 7 de off. proc.).

*concita a hombres para la sedición (...), quien arenga para asesinar a un magistrado o personalidades que detentan imperio o potestad (...), quien se levante en armas contra la república (...), o quien arrastra a los soldados a la sedición o a la rebelión contra el estado*⁴⁸.

En Instituciones de Justiniano se da un salto cualitativo puesto que se considera *crimen laesae maiestatis* aquel que se comete contra el estado romano o contra la dignidad del príncipe: *quae in eos qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt suum vigorem extendit*⁴⁹. Tal situación se debió de prever ya anteriormente, aunque en el título citado no se mencione expresamente, pero sí tácitamente, cuando Scaevola dice que el Senado había declarado no imputable del citado crimen a *qui statuas imperatoris reprobatae conflaverit*, donde el término *reprobatae* se puede entender como desautorizadas, desconsagradas, sustancialmente desprovistas, de forma reglada y solemne, de su naturaleza divina, como si fuera la *exauguratio* de un templo⁵⁰. Por lo tanto, esta consideración de la gravedad equiparable a la del atentado contra el estado lo tendría el atentado contra el príncipe⁵¹.

En el Código se plantea, igualmente, un tratamiento similar contra aquellos que se hubieran concitado para la rebelión con militares, paisanos, bárbaros, y que hubieran perpetrado la muerte de senadores (...) para que sean muertos por la espada como reos de lesa majestad, pasando todos sus bienes al Fisco⁵².

El crimen se transmite a sus hijos, al menos a los varones⁵³, quienes no podrán recibir por herencia, ni del padre, ni de la madre, ni de abuelos, ni de otros parientes, ni de extraños, y se convertirán en infames (*infamia eos paterna semper comitetur*) de modo que se convierta la muerte en consuelo y la vida en tormento (*mos solacio et vita supplicio*)⁵⁴.

En definitiva, el *crimen maiestatis* se convierte en la entrada a la época imperial no ya en un atentado contra la majestad del pueblo romano sino contra la majestad y dignidad del príncipe o *maiestas caesaris*. El originario concepto de *maiestas* es la *maiestas* del pueblo romano que debe dejar constancia ante los otros pueblos, con los que guerrea y a los que va sometiendo, la realidad de su grandeza y la razón de su superioridad. El contexto en el que Roma

⁴⁸ Dig.48,4,1,1 (Ulp. 7 de off. proc.): ... *quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat.*

⁴⁹ I.4,18,3.

⁵⁰ Dig. 48,4,4 (Scaev. 4 reg.).

⁵¹ Al contrario de lo que parece sugerir CASTRO-CAMERO, R. *El crimen maiestatis, op. cit.*, p. 32.

⁵² C.9,8,5pr.

⁵³ C.9,8,5,3.

⁵⁴ C.9,8,5,1.

se mueve es el de la expansión por el Mediterráneo donde se enfrenta a pueblos y culturas que, en algunos casos, considera superiores, pero a los que somete y pretende evidenciar la nueva realidad, el nuevo liderazgo, y su superioridad. En realidad, nos tropezamos con una situación no muy diferente a la que se encuentra la corona castellana cuando al descubrir de la nada un nuevo mundo se lanza a su conquista, explotación, evangelización y administración.

Es en época imperial, pues, cuando se tiende a confundir la *maiestas populi romani* con la *maiestas principis*, lo que precipita situaciones curiosas y que rayan en lo cómico. Ovidio es desterrado porque se consideró que en su obra *Ars amandi* atentaba a la dignidad de Julio César, para entonces divinizado. Tiberio decidió aplicar la *lex* contra los autores de libelos anónimos en contra de su persona. Domiciano decidió acusar por este delito a un espectador en los juegos por desear la muerte de su gladiador favorito. Pero, claro, era Domiciano. En época severiana se pretendió cortar en alguna medida el abuso de considerar *crimen maiestatis* cualquier ofensa contra el emperador, estableciendo que las ofensas al emperador sólo entraban en esa consideración cuando se hacía de forma alevosa con la intención de subvertir el orden constitucional, recordando que las afrentas a los dioses eran cosa de los dioses. Y antes, en época antonina, la fundición de estatuas del emperador no se consideraba *crimen* si habían sido previamente desconsagradas, o las piedras lanzadas sin intención, o el que dejaba sus orines en las proximidades sin conocimiento de que había estatuas del emperador cerca⁵⁵.

Todo ello aboca a que en época teodosiana se produzca la confusión entre ofensa a la *maiestas* del emperador y *sacrilegium*⁵⁶. Es una consecuencia lógica en la medida en que, en época del Dominado, por influencia oriental, se produce la más alta divinización de la figura del emperador que se hubiera conocido hasta entonces. Hasta el punto de que, el incumplimiento de las leyes imperiales, se consideren como *sacrilegium: hoc autem generale decretum si quisquam temeraria usurpatione violare temptaverit, sacrilegii reus legibus censeatur*⁵⁷.

El decurso del crimen de lesa majestad a través de la época gótica, centrándonos particularmente en Hispania, no deja de ser un tanto proceloso. Si aceptáramos que los godos no continúan en la *maiestas* del pueblo romano, en la medida en que no aceptan los títulos imperiales, sino que actúan como si hubieran sustituido al prefecto del pretorio y no al emperador, nos encon-

⁵⁵ MORENO RESANO, E., *De la injuria al sacrilegio: la ofensa al emperador de Augusto a Teodosio II*, in BAZÁN DÍAZ, I., *Los delitos contra el honor en la Historia*, Clío & Crimen, no 13 (2016), pp. 15 ss.

⁵⁶ MORENO RESANO, E., *De la injuria*, op. cit., p. 27.

⁵⁷ CTh.6,35,13.

traríamos con que resultaría difícil concebir los actos en contra del rey como actos contra la *maiestas*, y, por lo tanto, considerarlos como *crimen laesae maiestatis*⁵⁸.

Se cree que los germanos, particularmente los visigodos, en la distinción de la dogmática moderna entre traición a la patria (*Hochverrat* o traición a la fidelidad personal debida al caudillo de turno) y alta traición o delito de lesa patria (*Landesverrat* o traición a la nación) conocieron en un primer momento la primera, la traición a la patria, manifestada en la traición al caudillo o rey. Lo que produjo cierta confusión, confusión que parece ya venía establecida por la tradición romana que no distinguía claramente entre *proditio* y *truditio*. *Proditio* en el sentido de defección ante el enemigo. *Truditio* como entrega de un ciudadano romano al mismo enemigo, tal como he comentado establecían las XII Tablas. Ocurre otro tanto en la distinción entre rebelde y tirano. El primero es quien se enfrenta al jefe, al caudillo, al rey, mantiene una actitud de desobediencia. El segundo, por el contrario, pretende suplantarlo⁵⁹.

Lógicamente, esta indeterminación del concepto de traición que se observa entre los godos les viene de la propia indeterminación y confusión que ya se observaba entre los romanos y que hemos podido comprobar más arriba. Quienes han trabajado este campo han observado de forma inevitable esta situación. Para los germanos la cobardía en el campo de batalla infamaba automáticamente a los cobardes. Pero la sola muerte del caudillo en batalla mancha de infamia a los miembros de su guardia, puesto que han jurado defenderle hasta la muerte⁶⁰.

En las propias fuentes visigodas encontramos esa descripción. *Maiestatis reatu tenentur hi qui regiam maiestatem laeserunt vel violaverunt, vel qui rempublicam prodiderunt vel cum hostibus consenserunt*, dice San Isidoro. Es tenido por crimen de lesa majestad quien haya inferido ataques y daños a la majestad real, o haya traicionado a la *res publica*, o haya pactado con el enemigo⁶¹. No quedandose ahí, insiste más adelante: *Reus a re, de qua obnoxius est, et reatum a reo [est] nuncupatum. Reus maiestatis primum dictus qui adversus rempublicam aliquid egisset, aut quicumque hostibus consensisset. Dictus autem reus maiestatis, quia maius est laedere patriam quam civem unum. Postea etiam et ii rei maiestatis dicti sunt qui adversus maiestatem principis egisse videren-*

⁵⁸ La tesis se encuentra ampliamente desarrollada en IGLESIA FERREIRÓS, A., *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Santiago de Compostela, ed. USC, 1971, pp. 23 y ss.

⁵⁹ IGLESIA FERREIRÓS, A., *Historia de la traición. op. cit.*, pp. 87 ss. y 98 ss.

⁶⁰ MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el derecho histórico español*, Madrid, ed. Dykinson, 2001, p. 133.

⁶¹ ISIDORO, *Etymologiae*, 5,26,25.

*tur; vel qui leges inutiles reipublicae detulerant, vel utiles abrogaverant*⁶². Como se puede observar, hay una tendencia a llevar el *crimen maiestatis* del ataque al estado al ataque al príncipe, confundiendo a éste con el mismo estado.

En un estudio reciente sobre la rebeldía y la traición en el mundo visigodo al que he tenido la fortuna de acceder se viene a tratar del proceso de transformación del delito de *maiestas* y su configuración como delito de infidelidad al rey⁶³. De acuerdo con éste, la intervención conciliar primero, y la legislativa de reyes como Chindasvinto, Ervigio, Wamba y Egica, después, son indispensables en la conformación de un delito de traición que abandona el concepto del *crimen maiestatis*, para pasar al concepto de infidelidad a la persona del rey. A partir de ahora la traición lo es a la *fides*, a la fidelidad, al juramento de fidelidad al rey⁶⁴.

La traición no radica únicamente en el engaño sino en la ruptura del compromiso que había establecido por medio del juramento de fidelidad a no engañar. Por lo cual no radica en el engaño «sino en faltar a la fidelidad»⁶⁵.

Es Chindasvinto quien establece con mayor rigor un sistema para intentar reconducir la «enfermedad de los godos», esto es, su tendencia irrefrenable a asesinar a sus reyes, y promueve una serie de leyes que pretenden evitar, en la medida de lo posible, tal hecho. Se persiguieron no sólo los crímenes intentados contra el gobernante vigente, sino también los que se habían llevado a cabo o intentado contra gobernantes anteriores, afectando el castigo, incluso, a familiares y amigos. Esto supuso, según algunos, la desaparición de más de la mitad de la clase nobiliaria goda en tiempos de este monarca, y el rey, familiares y *fideles*, debieron de hacerse con un importantísimo patrimonio. En la ley de Chindasvinto se consideran dos tipos de traición: la que se comete contra el bien común, y la que se lleva a cabo contra la persona del rey⁶⁶.

En cuanto a la pena aplicable la *Lex visigothorum* no descarta la muerte del autor, pero deja en manos del rey la posibilidad de sustituir esta pena por otras como la pérdida de los ojos (*effosio*), la decalvación (*decalvatio*), la fustigación (*fustigatio*) y la *infamia*, y, por supuesto, en todos los casos se mantendría la pena de confiscación de bienes, sin que cupiera ninguna reserva pa-

⁶² ISIDORO, *Etymologiae*, 10,238.

⁶³ OSABA, E., *Las voces de la rebeldía en las fuentes jurídicas visigodas (s. VI-VII)*, in *Jornadas romanísticas en homenaje al profesor José María Royo Arpón con motivo de su jubilación*, trabajo que la autora me ha gentilmente cedido y que está a punto de ser publicado, razón por la cual no me es posible presentar la referencia completa y puede ocurrir que las paginaciones que presento quizás no resulten definitivas.

⁶⁴ OSABA, E., *Las voces de la rebeldía*, op. cit., p. 110.

⁶⁵ IGLESIA FERREIRÓS, A., *Historia de la traición*, op. cit., p. 102.

⁶⁶ PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Madrid, ed. Dykinson, 2014, p. 106.

trimonial en beneficio de los parientes del culpable⁶⁷. Se discute, sin embargo, la aplicación efectiva en la práctica de la pena de muerte, pensándose que el perdón real se aplicaría de forma profusa⁶⁸.

El caso de Paulo es sintomático a este respecto y es narrado por Julián de Toledo. Paulo es enviado por el rey Wamba al frente de un ejército a sofocar la revuelta del conde Hilderico y otros magnates y eclesiásticos, y en lugar de ofrecer batalla se pasa al enemigo, se coloca a la cabeza de la revuelta. Wamba sofoca la rebelión y juzga a Paulo. La sentencia es descrita por Julián: «*Que anuncien el nombre de la traición a la posteridad (...). Que sean incluidos en las filas de los pérfidos (...)* para que lleven a todos sus descendientes los títulos de su infamia (...), que no se libren de arrancárseles los ojos (...) que el mismo pérfido Pablo, con sus ya mencionados compañeros, murieran condenados a una muerte muy vergonzosa que intentaron llevar a cabo la muerte del príncipe. Si, casualmente, les fuera perdonada la vida por el príncipe, que vivan, que se salven con los ojos arrancados. No obstante, decidimos que todas las cosas del mismo Pablo y de sus aliados han de quedar en poder de nuestro glorioso señor⁶⁹.

A los traidores el rey les perdonó la vida, probablemente por presión de la jerarquía eclesiástica, pero fueron decalvados, los ojos vaciados, las barbas rapadas, descalzos, cubiertos de harapos, subidos en un carro tirado por camellos, para más humillar, y Paulo con una raspa en la cabeza a modo de infamante corona de laurel, y en ese estado hizo Wamba que entraran en Toledo⁷⁰.

La capacidad de los gobernantes godos de perdonar en los casos de penas graves en las que se jugase la vida se trasladaría posteriormente a la práctica de los reyes hispanos en la que se estableció el principio del perdón real⁷¹.

En Castilla al *crimen laesae maiestatis* se le dio el nombre de «*trayción*»: *Lese maiestatis crimen, tanto quiere dezir en romançe commo yerro de trayción que faze onbre contra la persona del rey*⁷². La nota de infamia se trans-

⁶⁷ LV, 8,2,1.

⁶⁸ IGLESIA FERREIRÓS, A., *Historia de la traición*, op. cit., p. 141; PINO ABAD, M. *La pena de confiscación*, op. cit., p. 136.

⁶⁹ MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el derecho histórico español*, Madrid, 2001, ed. Dykinson, p. 137 y n. 529; GONZÁLEZ ZALACAIN, R. J., *El perdón real en Castilla a fines de la Edad Media*, Bilbao, ed. UPV/EHU, 2013, p. 84.

⁷⁰ MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia*, op. cit. p. 139 n. 539; DÍAZ Y DÍAZ, P. R., *Julian de Toledo: 'Historia del Rey Wamba'*, Florentia Iliberritana, Revista de Estudios de Antigüedad Clásica, <http://revistaseug.ugr.es/index.php/florentia/article/view/4605/4484>, p. 107.

⁷¹ Vid NIETO SORIA, J. M., *Los perdones reales en la confrontación política de la Castilla Trastámara*, in *España Medieval*, 25 (2002) pp. 213-266.; RODRÍGUEZ FLORES, M. I., *El perdón real en Castilla*, Salamanca, ed. USAL, 1971, p. 280.

⁷² Partidas, VII,2,1.

mite directamente a los descendientes varones desde el derecho romano como hemos podido comprobar, los cuales no podrán heredar de sus padres⁷³.

En el periodo de la monarquía hasta el siglo XIX las penas por delitos de esta naturaleza se mantienen e, incluso, se extienden a situaciones de bandolerismo grave en los que pelagra la seguridad nacional, aplicándose las mismas penas que en el *crimen laesae maiestatis*: humillación (arrastramiento), ahorcamiento, descuartizamiento y confiscación de bienes.

Aquí tenemos una normativa de la segunda mitad del siglo XVII:

Ordenamos y mandamos, que qualesquier delinquentes y salteadores, que anduvieren en cuadrilla robando por caminos ó poblados, y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte, no parecieren ante los Jueces que procedieren contra ellos, á compurgarse de los delitos de que son acusados, substanciando el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos; y permitimos, que qualquiera persona, de qualquier estado y condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos ó muertos ante los Jueces de los distritos donde fueren presos ó muertos; y que pudiendo ser habidos, sean arrastrados, ahorcados y hechos quartos, y puestos por los caminos y lugares donde hubieren delinquido, y sus bienes confiscados para nuestra Cámara⁷⁴.

Arrastramiento, ahorcamiento, decapitación, descuartizamiento, exposición de las cabezas en picotas hasta que el tiempo las consumiera, demolición de casas, sembrado de sal de los campos, infamia... todas estas penas se mantuvieron por los delitos de traición hasta entrado el siglo XIX. Es a finales del siglo XVIII todavía cuando se condena por *crimen de lesa majestad* en el estado de Michoacán de México entre 1766 y 1767⁷⁵:

(...) dijeron que por la culpa que resulta contra el citado Joseph Jasinto Uc de los Santos Canek rey lo debían de condenar y condenaron a la pena ordinaria de muerte atenazado y quebrado los brazos y piernas a golpes puesto en un caldso en la plaza pública de esta ciudad y luego que muera naturalmente y esté

⁷³ C.9,8,5,1: (...) *a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos umquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solacio et vita supplicio.* y Dig. 48,4,11: *Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: extinguitur enim crimen mortalitate. nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur.*

⁷⁴ Pragmática de Felipe IV, Madrid 15 junio y 6 de julio de 1663 in Novísima Recopilación, 12,17,1.

⁷⁵ CASTILLO CANCHÉ, J. I., *La ofensa a dios y al rey: el delito de lesa majestad en la rebelión maya-yucateca de 1761*, in *Historia 2.0, Conocimiento Histórico en clave Digital*, 6 (Enero-Junio 2013) 22.

tres horas expuesto en dicho cadalso para que todos lo vean se quemará su cuerpo y sus cenizas se darán al viento.

Periclitado el siglo XVIII y entrado ya el XIX nacen los estados modernos, se produce la independencia de las provincias americanas, se lleva a cabo un importante proceso teórico para la humanización de las penas (Beccaria⁷⁶, Lardizabal⁷⁷), se implanta el principio de proporcionalidad penal, se profundiza en la cuestión de la finalidad de la pena, paulatinamente se llega a la abolición de la tortura como castigo o medio de prueba, se conforman los modernos códigos. Algunos de ellos, los que corresponden, más o menos, a los territorios en los que se producen los hechos comentados, esta es la situación actual:

V. LA RECEPCIÓN DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN Y REBELIÓN EN LOS MODERNOS CÓDIGOS DE LOS PAÍSES CONCERNIDOS

– Código penal de la República Dominicana.

Los ilícitos se incluyen en el apartado «De los crímenes contra la seguridad interior del Estado» (artículos varios según entendamos el concepto, desde el art. 75 al art. 131 si lo entendiéramos desde un óptica muy generosa, donde incluiríamos crímenes y delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, atentados contra el jefe del Estado, promoción de la guerra civil, crímenes y delitos contra la constitución, etc...) y «Rebelión». Hay rebelión según el código dominicano: *en el acometimiento, resistencia, violencia o vías de hecho, ejercidas contra los empleados y funcionarios públicos*⁷⁸. Quizás a causa de ello las penas resultan relativamente livianas en este apartado, seis años como máximo, y mucho más bajas si la rebelión se comete sin armas⁷⁹. Aunque cuando se trata de tomar las armas contra la República la pena asciende a los treinta años⁸⁰. Los actos aquí incluidos se entiende que podrían abarcar desde el art. 209 al art. 233.

– Código penal de Venezuela.

Lib. 2, Tit. 1: De los delitos contra la independencia y la seguridad de la Nación, cap. 1: De la traición a la Patria y otros delitos contra ésta, desde el

⁷⁶ BECCARIA, C., *Dei delitti e delle penne*, Livorno, 1764.

⁷⁷ Manuel DE LARDIZÁBAL, M., *El discurso sobre las penas*, Madrid, 1782.

⁷⁸ CPRD 209. Todos los códigos consultados son los vigentes a fecha 4 de abril de 2019.

⁷⁹ CPRD 211 ss.

⁸⁰ CPRD 75.

artículo 128 a 143 existe un elenco extensísimo de supuestos que recogen la conspiración con nación extranjera, atentado contra la independencia e integridad de la nación, sublevación, conspiración para destruir la forma política republicana, solicitud de intervención extranjera, difamación del presidente, revelación de secretos, espionaje, ayuda a elementos extranjeros en tiempos de guerra, admisión de pensiones o dádivas de país con el que se está en guerra, etc.

Las penas van desde los 30 años de prisión en los casos más graves a penas pecuniarias. Y desde el artículo 144 al 152 se contemplan los delitos contra los poderes nacionales y de los estados. En total 25 artículos como protección de casos de traición o asimilados.

– Código penal de Colombia.

Del art. 455 al art. 473 amparados todos ellos en el Título 17: delitos contra la existencia y seguridad del estado (Delitos de traición a la patria; Delitos contra la seguridad del estado; Delitos contra el régimen constitucional y legal; De la rebelión, sedición y asonada). En total 19 artículos y penas desde los 540 meses, los casos más graves, a 16 meses, y, en casos, multas de salarios mínimos mensuales.

– Código penal del Perú.

Si bien en los códigos de Venezuela y Colombia se atiende a los nombres de traición en el código penal del Perú no se utiliza este término, sino que se recogen las expresiones rebelión, sedición, motín, principalmente. Va del art. 346 al art. 353. Y las penas son de 20 años y expatriación, la más grave, y cuatro años, la menos grave.

– Código penal español.

En el título 23 del vigente código penal: «De los delitos de traición o contra la paz y la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional» se establece el delito de traición y sus diversas modalidades. Del art. 581 al art. 603 son 23 artículos en total. Comprende los casos de concertación con el enemigo exterior –potencia extranjera– para declarar la guerra a España, los casos de sedición, y los supuestos de ayuda de todo tipo al enemigo. Hay todo un elenco de disposiciones. Se distingue, por supuesto, el tiempo de guerra y de paz. Las penas van desde los 20 años, en los supuestos más graves, a los seis meses en los más leves.

Se recoge también el delito de rebelión contra «los que se alzaren violenta y públicamente» contra la Constitución (derogar, suspender o modificar),

contra el Rey, contra las instituciones, contra el libre decurso del proceso democrático, y, particularmente interesante en estos momentos que vivimos, por la declaración de «independencia de una parte del territorio nacional» (art. 472.5). Los jefes principales serán castigados con penas que van de los diez a los quince años e inhabilitación absoluta durante ese periodo. Los supuestos de delito de rebelión se contemplan en los artículos que van desde el art. 472 al 484.

Pero todavía en el código penal español se recoge otro apartado que con vendría con el arcano *crimen laesae maiestatis*, y lo constituye el apartado dedicado a los «Delitos contra la Corona», aplicándose en caso de magnicidio, esto es, el asesinato del Rey o la Reina, del Príncipe o de la Princesa de Asturias, la reciente y novedosa pena de prisión permanente revisable, cuyas excepciones estamos todavía a tiempo de degustar. Y con veinte a veinticinco años a quien matare a los ascendientes y descendientes del Rey o de la Reina, pasando a la pena de veinticinco a treinta si incurrieran dos o más circunstancias agravantes. Artículos que van del 481 al 491.

Parece increíble que en nuestro país haya personas quejasas de que se halle poco perseguido este delito de traición o rebelión, porque todavía nos encontramos con otro apartado que recoge «los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes» que va desde el art. 492 al art. 505, y que tendría evidentes concomitancias con él. En este contexto son perseguidas las actuaciones tanto de las autoridades y funcionarios públicos como de las personas que actúen contra ellas.

Y si todo ello nos pareciera poco, todavía nos queda, en el apartado «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», ciertos supuestos que se pudiera colegir tienen alguna relación con nuestro crimen de lesa majestad. Hasta llegar a la sedición (artículos 544 ss.): *Son reos de sedición los que (...) se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes...*, los «atentados contra la autoridad... resistencia y desobediencia», etc. Y el importante espacio que, por causas conocidas y tristemente vividas, ocupa la cuestión del terrorismo en España.

En resumen, todo un aparato legal que podría constituir escudo de protección a cualquier país que se quiera legítimamente defender sin llegar a decapitar, hacer cuartos, confiscar, destruir casas, arar y sembrar con sal tierras, e infamar a toda la descendencia del *traydor* hasta siempre jamás.

LOS FOROS DE COMPETENCIA EN LA *ACTIO PAULIANA DEL IUS COMMUNE EUROPAEUM*

The forms or jurisdictions in the actio Pauliana of the ius commune europaeum

ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ
VICTORIANO SAIZ LÓPEZ
Universidad de Alicante

Resumen: Los foros de competencia en la *Actio Pauliana del Ius Commune Europaeum*.

El punto de referencia del presente estudio es el relativo a la disposición del Reglamento (EU) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que, en primer lugar, se otorga competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. Y, en segundo término, por la que se reconoce que los mismos tribunales serán competentes en materia de «acciones revocatorias». Se trata de constatar que dichas acciones revocatorias concursales tienen su raíz en la denominada *actio Pauliana*. Más allá del intento unificador del Derecho de la Compilación justiniana en esta materia, la evolución posterior incide en la dualidad esencial que forman la reclamación pauliana civil y la revocación concursal. La primera, limitada al acreedor individual demandante; la segunda, orientada al beneficio de todos los acreedores, conforme al principio concursal *par conditio creditorum*. En este contexto, resulta muy instructivo comprobar cómo los antiguos debates en torno a la naturaleza real o personal de la acción y la correlativa competencia del *locus rei sitae* o de la regla *actor sequitur forum rei* mantienen plena actualidad ante una realidad económico-social por completo innovadora.

Palabras clave: *Actio Pauliana. Interdictum fraudatorium. Restitutio in integrum ob fraudem. Forum loci domicilii rei. Forum loci rei sitae.* Acciones revocatorias. Competencia jurisdiccional europea en materia concursal. Derecho europeo.

Abstract: The forms or jurisdictions in the *actio Pauliana* of the *ius commune europaeum*. The reference point of this study is the provision of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council, whereby, in the first place, jurisdiction is granted, to open the insolvency proceedings, to the courts of the European Union Member State in whose territory the center of the debtor's main interests is located. And, secondly, by which it is recognized that the same courts will be competent in matters of «avoidance actions». In this article, we try to verify that these bankruptcy revocation actions have their deepest root in the so-called *Pauliana actio*. Beyond the unifying attempt of the Justinian Law, in this matter, the subsequent evolution reopens the essential duality that form the civil paulian claim and the bankruptcy revocation. The first, limited to the individual claimant creditor; the second, aimed at the benefit of all creditors, in accordance with the principle of bankruptcy *par conditio creditorum*. In this context, it is very instructive to see how the old debates about the real or personal nature of the action and the correlative competence of the *locus rei sitae* or of the rule *actor sequitur forum rei* maintain full relevance before a completely social-economic reality innovative.

Keywords: *Actio Pauliana. Interdictum fraudatorium. Restitutio in integrum ob fraudem. Forum loci domicilii rei. Forum loci rei sitae.* Avoidance actions. Jurisdiction for actions deriving from insolvency proceedings. European Law.

SUMARIO: 1.–Pluralidad de *leges fori* y de jurisdicciones nacionales. 2.–Regulación europea de la competencia jurisdiccional: Fundamentos romanísticos. 2.1 *Forum personale versus forum reale*. 2.2 *Forum exclusivum versus forum electivum*. 2.3 Foros de sumisión (*forum prorogatum, tacitum vel expressum*). 2.4 *Forum generale versus speciale*. 2.5 Foro especial de protección. 2.6 Foro especial en materia de medidas cautelares o provisionales. 2.7 Litispendencia y conexidad (*forum litispendentiae, forum conexitatis*). 2.8 *Forum conexitatis*. 3.–*Forum prorogatum* y *forum rei* como fueros de alcance general de origen romano. 4.–Dificultades que plantea la concreción de los foros de competencia en materia de acción pauliana y revocatoria.

1. PLURALIDAD DE *LEGES FORI* Y DE JURISDICCIONES NACIONALES

Hasta la actualidad, la UE no ha alcanzado la plena armonización en materia de regímenes jurídicos de insolvencia, habiendo quedado descartada incluso la opción codificadora del Derecho civil y del Derecho mercantil. Si nos referimos particularmente al tratamiento aplicable a los actos del deudor realizados de forma consciente en perjuicio de la garantía legal patrimonial de los acreedores, tan solo parcialmente va consiguiéndose ese objetivo, esto es, a través de los Reglamentos sobre jurisdicción y sobre insolvencia, ordenadores

de las cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos.

En tales circunstancias, persisten todavía diferencias sustanciales entre los distintos ordenamientos concursales nacionales. La dispersión en los modos de regular los mecanismos que han de permitir al deudor superar o minimizar los efectos de su falta de solvencia en un contexto de crisis económica y social, se encuentra en la base de fenómenos indeseados como el *forum shopping*; esto es, la «emigración» de los demandantes, sobre todo personas jurídicas, hacia aquellos modelos normativos más favorables a sus intereses particulares¹. Y ello adquiere hoy una relevancia mayor, derivada de la crítica doctrinal a que está siendo sometida la regla tradicional de ascendencia romana *actor sequitur forum rei*².

Queda fuera del alcance del presente estudio el análisis comparado de todos y cada uno de los sistemas nacionales que conviven en el seno de la UE. Se limita este primer apartado introductorio a una serie de referencias generales, en torno a aquellos que vienen ejerciendo mayor influencia en este contexto.

Ante todo, nos encontramos con la jurisdicción alemana en materia de Derecho de insolvencia, *Insolvenzrecht*, que comprende una dualidad de regímenes jurídicos³. Si bien es cierto que el proceso judicial de la AnfG presenta naturaleza extra-concursal, en la práctica forense podría suceder que las acciones entabladas en virtud de ella pasaran a tramitarse con arreglo a la InsO, si, con posterioridad, se abriera el procedimiento de concurso de acreedores.

A su vez, el Derecho civil y procesal civil germano, de alcance general, ya ha dado acogida a determinadas competencias ejercidas a través de medios alternativos a la impugnación del fraude, destinada a la tutela de la garantía

¹ PULGAR EZQUERRA, J., *El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho español*, en Homenaje al Profesor R. Illescas Ortíz, Madrid, 2015, pp. 253-68. REINOSO BARBERO, F., *Foro de conveniencia, Derecho de conveniencia y nulidad*, Revista de Derecho UNED, 4, 2009, pp. 319 y ss.

² CARRASCOSA, J., *Foro del domicilio del demandado y Reglamento de Bruselas 1215/2012. Análisis crítico de la regla «actor sequitur forum rei»*, Cuadernos de Derecho Internacional, Marzo, 2019, 2, 1, pp. 112-138.

³ Se distingue, por un lado, el régimen previsto en la Ley de impugnación de actos jurídicos fraudulentos del deudor, al margen del procedimiento concursal de insolvencia, de 1994, en vigor a partir de 1999, *Anfechtungsgesetz, AnfG*. Por otro, la ordenación prevista en el Reglamento relativo a la insolvencia, de 1994, *Insolvenzordnung, InsO*. HOFFMANN, N., *La actio Pauliana en Derecho alemán: Impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia*, Forner Delagaygua, J. J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, pp. 17 y ss.

Los inconvenientes que han surgido con motivo de la aplicación práctica de esta normativa y que han sido puestos de manifiesto por la crítica han venido a propiciar la reciente reforma de la insolvencia de 2017, con el fin de adaptar el régimen jurídico tutelar del crédito a la conservación de la estructura económica y social.

crediticia. Se hace referencia aquí a las acciones de nulidad del negocio jurídico y de simulación.

He aquí algunas diferencias notables entre los dos regímenes citados de ascendencia pauliana; mientras que la impugnación surte efectos respecto al acreedor impugnador a título individual, de conformidad con la AnfG, la realizada a través de la InsO se extiende al interés general de toda la masa patrimonial y del conjunto de los acreedores. Por lo que se refiere a las partes interesadas, cuando se sigue la vía de la AnfG, tiene lugar la intervención de tres personas: acreedor, beneficiario y deudor. En cambio, solo participan en el procedimiento de la InsO el síndico o administrador y el beneficiario. El acreedor demandante, en la AnfG, ha de disponer de un título ejecutivo, que no haya resultado plenamente satisfactorio en la práctica, o que previsiblemente no lo vaya a ser en el tiempo futuro. En el caso del síndico, es necesario el consentimiento de la Junta de acreedores. El demandado, en la AnfG, es el receptor de prestación cumplida por el deudor, e incluso el sucesor que hubiera tenido conocimiento de las circunstancias justificativas de la impugnación. Sin embargo, en la InsO, el objetivo de la impugnación es restaurar la igualdad entre acreedores, *par conditio creditorum*, y, por tanto, la demanda solo puede ir dirigida frente a quien tenga la condición de acreedor del deudor insolvente.

En cuanto a los requisitos exigidos para la impugnación tras la reforma de 1994, se tiende a la supresión de las cuestiones de orden subjetivo, sobre conocimiento del fraude e intención de defraudar, al mismo tiempo que, en otros aspectos, se invierte la carga de la prueba. De este modo, va a predominar el elemento objetivo de estimación de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores.

El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de estos medios de impugnación ante la jurisdicción competente, puede expresarse de manera sintética, aludiendo a dos planteamientos contrapuestos: la «teoría obligacional», a tenor de la cual, el beneficiario ha adquirido algo válidamente, pero queda obligado a su restitución en la medida necesaria, en virtud de una obligación de rango legal sustantivo. Frente a esta opinión, se halla la llamada «teoría del procedimiento civil» que parte de la noción de validez del acto adquisitivo, según el orden civil sustantivo, pero introduce la idea de invalidez por infracción del orden procesal civil, que garantiza a los acreedores el derecho a proceder contra el patrimonio presente y futuro del deudor.

La administración de justicia en Francia conoce también el régimen revocatorio, bajo la denominación de *action paulienne*, a través de la legislación, la correlativa interpretación jurisprudencial de la *Cour de Cassation* y las opiniones doctrinales comunes. El hecho de que el Código civil se haya limitado a

reconocer la existencia de esta acción de origen romano ha traído como consecuencia que la labor de configuración institucional y desarrollo haya quedado en manos de la jurisprudencia y la doctrina. En unas condiciones de afinidad con el sistema germano, la competencia judicial de los tribunales franceses comprende dos grandes núcleos de actuación: Uno de ellos tiene su origen en el Derecho civil general, *Droit commun*, mientras que el otro se centra en los procedimientos colectivos de ejecución, *procédures collectives*⁴.

Centrando nuestra atención en la competencia judicial pauliana, constatamos su diversidad con respecto a la ejecución concursal. En efecto, el proceso judicial revocatorio tiene por objeto el reingreso del bien enajenado fraudulentamente por el deudor incumplidor desleal a su propio patrimonio. La demanda se presenta, principalmente, contra el tercero que resulte ser adquirente del bien litigioso, aunque, en la práctica, también el deudor es citado a juicio, de modo que la eventual sentencia condenatoria pueda llegar a ser oponible incluso frente a él. La doctrina francesa ha detectado la existencia de un vínculo de parentesco entre esta acción paulina y la reivindicatoria, prototipo de *actio in rem*, lo que no ha impedido que la *Cour de Cassation* se incline por su naturaleza personal, *actio in personam*. Así se explica que el acreedor demandante no vaya a quedar sometido a la eventual alegación por parte del tercero demandado de prescripción adquisitiva o de vigencia de la norma según la cual «la posesión de los bienes muebles equivale a título».

Aunque falta la unanimidad en la doctrina francesa acerca de la naturaleza jurídica de la *action paulienne*, la opinión mayoritaria rechaza que se trate de un medio sancionador de la nulidad del acto fraudulento, como tampoco se admite que tenga por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios. En suma, prevalece la idea de la preservación de la garantía general del acreedor sobre el patrimonio del deudor. En cambio, la «acción pauliana concursal» ha sido concebida como un mecanismo de eficacia colectiva, en beneficio del conjunto

⁴ La atribución de la competencia judicial en materia de impugnación, a título singular, de los actos realizados en fraude de acreedores tiene su fundamento normativo en art. 1167.1 del Código civil francés. Y, más en particular, el procedimiento concursal, *règlement judiciaire*, regulado por Ley de 13 de julio de 1967, supuso un amplio reconocimiento de la *action paulienne*. Sin embargo, tras la reforma de 25 de enero de 1985, se implanta un sistema de acciones de nulidad en detrimento del remedio revocatorio citado. CHAZAL, J. P., *La acción pauliana en Derecho francés*, Forner Delaygua, J. J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, pp. 75 y ss.

También se ha planteado en Francia la urgente necesidad de afrontar los retos que las profundas transformaciones económicas y sociales han puesto de relieve. Y ello, con el fin de seguir asegurando una eficaz tutela del crédito, pero, al mismo tiempo, de facilitar la reorganización y viabilidad de las empresas, en el terreno económico y social. A estas exigencias trata de dar respuesta la *Loi du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives*, que en su artículo primero ha venido a abrogar el Título 1, Libro 4 del Código de comercio, introduciendo una normativa concursal innovadora.

de los acreedores, de acuerdo con el principio de igualdad entre ellos, bajo la competencia administradora del síndico.

La jurisdicción de los tribunales británicos en los supuestos de insolvencia ya tiene antecedentes normativos en el *Statute of Fraudulent Conveyances* (1571), que todavía seguiría en vigor en algún tipo de litigio basado en el *common law*. Más recientemente, encontramos las *Bankruptcy Acts* de 1861 y de 1914, en vigor hasta la *Insolvency Act* de 1986. Con anterioridad a esta ley, se distinguía entre «transferencia fraudulenta» y «preferencia fraudulenta». La primera consistía en la cesión de un bien por parte del quebrado a un tercero, con el fin de ocultarlo a los acreedores, de modo que la invalidación de tal cesión no dependía del inicio del procedimiento formal de quiebra. En cambio, la preferencia fraudulenta hacía referencia a actos en favor de uno de los acreedores, otorgándoles una ventaja, justo antes del comienzo de la quiebra, por lo que dependía del inicio de este tipo de procedimiento.

La *Insolvency Act* de 1986 ha venido a descartar este sistema, de modo que ahora distingue entre insolvencia de las personas físicas e insolvencia societaria o corporativa. En relación con estas últimas entidades, la ley prevé cuatro regímenes alternativos: Sindicatura, Administración judicial, Disolución o liquidación y Convenio con los acreedores. El síndico asume el control de la sociedad que se encuentra en suspensión de pagos, en beneficio de un acreedor privilegiado, lo que puede dar lugar a la venta o traspaso del negocio a otra empresa y, en el peor de los casos, a su liquidación. El administrador judicial, en cambio, actúa en favor de todos los acreedores, con el fin primordial de rescatar la sociedad. La liquidación y disolución se producen cuando decaen los intentos de reorganizar el negocio. En otras condiciones más favorables, se admite la posibilidad de que la sociedad pueda llegar a acuerdos con sus acreedores.

Tanto en la situación de insolvencia de la persona física como de la sociedad, el sujeto legitimado en su caso, como el administrador judicial o el liquidador, tiene facultades para instar la invalidación de las llamadas transacciones vulnerables, *vulnerable transactions*, que forman una categoría extremadamente heterogénea que comprende muy diversos supuestos⁵, dentro de la cual parece posible que podamos hablar, de un modo u otro, de recepción de la *actio Paulina* revocatoria⁶.

⁵ A.- *Transactions at an Undervalue*, B.- *Preferences*, C.- *Transactions Defrauding Creditors*, D.- *Protection for Third Parties and Market Contracts*, E.- *Extortionate Credits Transactions*, F.- *Invalidation of Floating Charges*, G.- *Invalidation of Assignments of Book Debts*, etc.

⁶ Correspondería al apartado C que contempla las transacciones realizadas en fraude de acreedores. En cuyo caso, las actuaciones pueden ser incoadas aunque no exista un procedimiento formal de insolvencia.

En sede de jurisdicción civil de los tribunales italianos, encontramos, en primer lugar, la *azione revocatoria ordinaria*, prevista en los arts. 2901-2904 del Código civil de 1942. Las condiciones para su ejercicio, según el art. 2901, son: 1) Que el deudor conozca el perjuicio que el acto ocasiona a los derechos de los acreedores, o bien, tratándose de un acto anterior al nacimiento del crédito, que dicho acto haya sido concebido dolosamente; 2) Que el tercero adquirente sea consciente del perjuicio, en los actos a título oneroso, y, en los actos previos al nacimiento del crédito, que haya participado en la maquinación dolosa. El art. 2902 señala los efectos de la admisión de la demanda. El plazo de prescripción está fijado en el artículo siguiente y, conforme al art. 2904, quedan excluidos de esta regulación codificada la tramitación de la acción revocatoria de carácter concursal y de la acción penal.

Quizá el elemento más destacable de esta normativa innovadora, con respecto a la redacción anterior del Código civil, sea que se ha abandonado el requisito que estaba presente desde los orígenes y que servía de fundamento a esta figura procesal, el fraude, que deja de ser el elemento subjetivo exigido en su ejercicio jurisdiccional. Tratándose de actos posteriores al nacimiento del crédito, bastaría con el conocimiento del perjuicio por parte del deudor, y la conciencia del daño por parte del tercero adquirente. Sin embargo, cuando se trata de actos anteriores a dicho nacimiento del crédito, se exige la maquinación dolosa del deudor y la participación en ella del tercero.

Además de la *azione revocatoria ordinaria*, se encuentra la *azione revocatoria fallimentare*, cuyo presupuesto fundamental es la declaración de estado de insolvencia de la entidad deudora. En este sentido, la reforma del Código de comercio, introducida por la Ley concursal italiana, de 1942, ha sido considerada como un paso más en favor de la preponderancia del elemento objetivo del proceso revocatorio, en detrimento del aspecto subjetivo. Este último quedó reducido a un solo sujeto, el tercero causahabiente del deudor quebrado. Tal elemento dejó de ser la *scientia fraudis*, e incluso la *scientia damni*, bastando solo con la simple *scientia decoctionis*, esto es, el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor. Más aún, la inversión de la carga de la prueba liberó al actor, correspondiendo al reo la acreditación de la su *ignorantia facti decoctionis*.

cia y, por tanto, a instancia de una persona interesada distinta del administrador o liquidador; asimismo, el tribunal ha de llegar a la convicción de que la persona física, o la entidad, en su caso, tenía la intención de situar los bienes fuera del alcance de los acreedores, actuales o potenciales. STEVENS, R.; SMITH, L., *Reino Unido: La acción pauliana en Derecho inglés*, Forner Delagüa, J. J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, p. 102.

La evolución progresiva de la legislación concursal en Italia, que parte de la *Legge fallimentare* de 1942, ha dado lugar a modificaciones sucesivas, en 2006⁷, 2015, 2016, hasta desembocar en el Decreto legislativo de 2018. Ejemplo ilustrativo de las más recientes orientaciones en este campo es lo dispuesto en el art. 64 de la Ley de 2018, a tenor del cual carecen de eficacia respecto a los acreedores por imperativo legal, los actos a título gratuito realizados durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, excluidos algunos de ellos como los regalos de uso corriente. Lo mismo sucede con aquellos pagos que se hubieran realizado con la antelación establecida, antes de su vencimiento y exigibilidad, art. 65. Asimismo, el art. 66, bajo la rúbrica genérica *azione revocatoria ordinaria*, legitima al *curator bonorum* para demandar la declaración de ineficacia de los actos realizados en perjuicio de los acreedores, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. La reclamación se interpone ante el tribunal concursal, contra el adquirente inmediato y, en su caso, contra los causahabientes de este.

El examen comparado de los regímenes procesales italiano y español, ante la jurisdicción civil, nos permite comprobar que tanto en uno como en otro se da la dualidad que forman la revocación ordinaria y la revocación concursal. La *lex fori* española es, ante todo, el art. 1111 del Código civil de 1889, en virtud del cual, los acreedores tienen la facultad de impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, esta impugnación ha de completarse con lo dispuesto en el Cap. 5, Tít. 1, Libro 4, a propósito de la rescisión de los contratos por fraude de acreedores. En caso de quiebra, el Código de comercio de 1885 regulaba un procedimiento especial de rescisión de actos fraudulentos, a petición del síndico, o a iniciativa de los acreedores.

Entre los presupuestos de la acción pauliana en el Código civil español, presenta gran interés el elemento subjetivo del *consilium fraudis* junto al daño objetivo, de acuerdo con la tradición histórica que viene de Las Partidas⁸ y se remonta a los interdictos pretorios y a la *actio ex delicto* del Derecho romano. En torno al significado y alcance del *fraus creditorum*, el debate doctrinal se ha desarrollado entre dos concepciones enfrentadas: una de ellas lo identifica

⁷ En 2006, la amplia reforma de la Ley concursal y de la acción revocatoria tenía entre sus objetivos la adecuación del concurso a la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, la simplificación de los trámites y la reducción de plazos, así como la adaptación normativa al Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. BONFATTI, S.; CENSONI, P. F., *La riforma della legge fallimentare e la disciplina dell'azione revocatoria, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma*, Padua, 2005.

⁸ P. 5, 15, 17.

con el *animus nocendi*, mientras que la otra se muestra favorable a la superación de esta idea relacionada con el dolo, para llegar a la sola exigencia de conciencia del daño, *scientia fraudis*. Inicialmente, los autores se han inclinado por la primera tesis, pero la evolución posterior tiende a seguir el camino contrario, sobre todo por la evidente dificultad práctica de la prueba del *consilium fraudis*. Así, por ejemplo, según la interpretación inicial del art. 1297, se entendía que la presunción de fraude en los actos gratuitos era relativa, *iuris tantum*, admitiéndose prueba en contrario. Pero, ante las exigencias de mayor flexibilidad de la práctica forense, la conexión de este precepto con el art. 643. 2 CC., ha permitido llegar a la conclusión de que se trata de una presunción *iuris et de iure*⁹.

Asimismo, nos preguntamos en qué condiciones se tutela la garantía legal crediticia del concurso de acreedores sobre el patrimonio del deudor, tras la reforma de la legislación concursal operada por la Ley de 9 de julio de 2003, disposición que ha sido objeto de importantes reformas posteriores. De acuerdo con los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, esta normativa innovadora trata de afrontar el difícil problema de los efectos de la declaración de concurso, sobre los actos realizados por el deudor en el periodo sospechoso inmediatamente anterior a ella. La retroacción del concurso es sustituida por acciones específicas de reintegración patrimonial, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, quedando también superada la referencia a los elementos subjetivos relativos a la intención o conciencia del fraude. En unos casos, la Ley concursal española presume el daño o perjuicio, mientras que en otros habrá de probarse, por parte de la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados. Los terceros adquirentes de bienes o derechos con motivo de este tipo de actos gozan de la protección derivada del principio de buena fe. En cuanto al deudor, la Ley le concede la facultad de optar entre el convenio o la liquidación, siempre que se den determinadas circunstancias.

2. REGULACIÓN EUROPEA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL: FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS

La doctrina *iuscomunitaria* europea viene planteándose dos cuestiones fundamentales a propósito de las relaciones jurídicas complejas de ámbito

⁹ RIVERO, F., *La acción pauliana en el Derecho español*, Forner Delaygua, J. J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, p. 61.

supranacional no vinculadas a un solo ordenamiento estatal. La primera de ellas se refiere al llamado «conflicto de jurisdicciones o de autoridades» y gira en torno a la competencia de jueces y tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En segundo término, tras la oportuna verificación, por parte del operador jurídico nacional, de su competencia respecto al asunto discutido, surge el denominado «conflicto de leyes», que ha de resolverse con el fin de identificar qué norma sustantiva, entre varias opciones posibles, resulta aplicable al mismo ¹⁰.

En la actualidad, los estados nacionales gozan de autonomía para regular y establecer la competencia jurisdiccional y judicial internacional de su propia organización ¹¹. Aunque lo cierto es que la ejercen en el marco de un *consensus gentium*, llegando a acuerdos con otros estados, e incluso aceptando que dicha función sea desarrollada por una organización supranacional, como es la UE. Frente a las reglas internas atributivas de competencia, las de origen externo presentan carácter distributivo. En todo caso, existen en este campo una serie de límites, entre los que se encuentra el principio de proximidad razonable, que excluye de la competencia de los órganos nacionales aquellos asuntos que resultan ajenos desde el punto de vista subjetivo y objetivo. Por lo que se refiere al régimen jurídico español de competencia jurisdiccional internacional privada, constatamos que su composición, en efecto, presenta una dualidad de aspectos. Por un lado, se encuentra la normativa de origen externo (Convenios y Reglamentos UE) y, por otro, la regulación interna (LOPJ, LEC, etc.).

De esta manera, la noción de «foro de competencia», expresada en sus diversas formulaciones idiomáticas, sigue siendo, desde el originario *forum competens* del Derecho romano, el criterio normativo, generalmente admitido entre los estados, previsto y aplicable con la finalidad atributiva o distributiva de *iurisdictio* y *iudicatio*. La terminología latina nos ofrece, ante todo, el término *forum* que presenta tres acepciones en la jurisprudencia clásica: «*locus publicus in urbe, oppido, municipio*»; «*locus, ubi ius dicitur*»; «*iudexcompetens*» ¹². Se

¹⁰ ESPLUGUES MOTA, C. *et alii*, *Derecho internacional privado*, Valencia, 2018, pp. 92 y ss. La doctrina mayoritaria mantiene ciertamente el denominado *principium disparitatis iurisdictionis et legis*, mientras que un sector minoritario, invirtiendo los términos del razonamiento jurídico anterior, se manifiesta en favor del *forum legis*. De este modo, la declaración de competencia jurisdiccional se hace depender de la ley sustantiva aplicable, para hacer coincidir al tribunal competente con su derecho nacional. Se evita así el problema de alegación y prueba del Derecho extranjero, pero evidentemente este criterio tan elemental no resulta adecuado ante la pluralidad de relaciones jurídicas que la compleja vida práctica nos presenta.

¹¹ RODRÍGUEZ BENOT, A. *et alii*, *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, 2018, pp. 45 y ss.

¹² VIR, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, T. II, Berlín, 1933, c. 913-14.

trataría, por tanto, del lugar de referencia del vínculo jurídico entre las partes, que ha de coincidir con el lugar en que el juez tiene su sede. Quizá se deba a esta dualidad de aspectos el empleo indistinto del vocablo neutro *forum* y el masculino *forus*¹³.

En definitiva, la expresión contemporánea «foro de competencia» es entendida aquí como criterio normativo delimitador del ámbito personal y territorial que cada uno de los diversos órganos jurisdiccionales abarca. En otros términos, se trata del establecimiento de puntos de conexión entre ubicación de un determinado tipo litigioso y sede del juez o tribunal investido del poder-deber inexcusable de entrar a conocer y decidir sobre aquellos asuntos que se le planteen. Asimismo, la aplicación del citado foro de competencia se traduce en la concreción del juez o tribunal específico, al que denominamos, en expresión que puede resultar equívoca, «fuero o foro competente». Se considera, además, que esta reglamentación presenta naturaleza interdisciplinar, en el sentido de que opera en el múltiple espacio de relaciones de naturaleza procesal nacional común, interregional, supranacional europea e internacional.

Tradicionalmente, la dificultad que presenta esta materia viene dada por la pluralidad de puntos de conexión susceptibles de ser aplicados. Y así sucede todavía hoy, a pesar de los sucesivos intentos de simplificación, clarificación y unificación que se han llevado a cabo en el contexto de la UE. Ciertamente, a partir del Convenio de Bruselas de 1968 y Protocolo anejo, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se ha mantenido y desarrollado el carácter multilateral o distributivo de competencia entre los estados miembros, a través del Reglamento 44/2000 del Consejo y del texto refundido del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁴. Todo ello se ha llevado a cabo bajo la interpretación del Tribunal de Justicia de la UE y su importante labor jurisprudencial. En virtud de este último Reglamento, se consolida, en el seno de la UE, una es-

¹³ *Forum competens*, P. MELCHIORE FRIDERICII, Ingolstadt, 1709, p. 2. *Igitur Forum hic in primis significat locum exercendarum litium. Ubi tamen Oliva de foro Eccles. p. 1 q.1 n. 3 cum nonnullis distinguit inter territorium et certum illum territorii locum ubi ius dicitur a iudice et pro isto posteriore nomen Forum masculino genere accipit pro illo Forum genere neutro. Quae tamen distinctio fundamento caret et promiscue plerumque Forum et Forus accipiuntur et posterius praeplacet Isidoro ac antiquioribus canonicis prius frequentius occurrit.* Isidoro de Sevilla, en efecto, emplea preferentemente el modo *forum* para referirse al lugar en que se resuelven las controversias jurídicas, *forum est exercendarum litium locus*, y ello requiere la presencia de tres elementos básicos: causa, ley y juez.

¹⁴ *Regulation (EU) n.º 1215/2012 of the European Parliament and of the Council, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.*

estructura de solución del conflicto jurisdiccional jerarquizada, de orden civil y mercantil y que consta de los elementos de conexión siguientes:

1. Foros exclusivos, previstos en el art. 24 del Reglamento¹⁵.
2. Foro prorrogado de sumisión tácita (art. 26)¹⁶.
3. Foro prorrogado de sumisión expresa (art. 25)¹⁷.
4. Foros especiales, por razón de la materia (arts. 7 a 9)¹⁸.
5. Foros especiales de protección, en materia de seguros (arts. 10 a 16), consumidores (arts. 17 a 19) y contrato individual de trabajo (arts. 20 a 23)¹⁹.
6. Foro especial, en materia de medidas cautelares o provisionales (art. 35)²⁰.
7. Foro general del domicilio del demandado (art. 4)²¹.

Supuesta esta diversidad de alternativas legales, resulta necesario, de acuerdo con la doctrina *iuscomunitaria* europea, elaborar una clasificación de los foros competenciales, desde varias perspectivas, distinguiendo las modalidades fundamentales de ellos: personales y reales o territoriales; exclusivos y concurrentes o facultativos; generales y especiales; principales y subsidiarios, etc.²².

2.1 **Forum personale versus forum reale**²³

En primer lugar, consideramos que se dispone de un *forum personale* cuando la atribución de competencia a un determinado órgano judicial se realiza en función de una circunstancia, fáctica o jurídica, que afecta a una de las partes litigantes o a ambas, esto es, que atiende a las cualidades o características concurrentes en la condición jurídica de los sujetos con anterioridad al

¹⁵ *Exclusive form or jurisdiction, in proceedings which have as their object rights in rem in immovable property or tenancies of immovable property.*

¹⁶ *Prorogation of jurisdiction: Form of implied consent.*

¹⁷ *Prorogation of jurisdiction: Form of express consent.*

¹⁸ *Special form or jurisdiction, in matters relating to a contract, to tort, delict or quasi delict, to damages, etc.*

¹⁹ *Special form or jurisdiction, in matters relating to insurance; over consumer contracts and over individual contracts of employment.*

²⁰ *Special form or jurisdiction, in provisional, including protective, measures.*

²¹ *General provisions: Form or jurisdiction of the domicile.*

²² RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *Competencia judicial civil internacional*, México, 2009, pp. 88 y ss.

²³ *Personal jurisdiction: The four basic types are the following: presence, domicile/place of business, consent, minimum contacts.*

Another form or jurisdiction is called in rem, which gives a court jurisdiction over things (usually property) as opposed to people.

establecimiento de la relación procesal entre ellos. Entre los puntos de conexión de naturaleza personal se encuentran el domicilio, la residencia habitual o la presencia física²⁴ y, en su caso, la religión profesada, la vecindad civil, la ciudadanía o la nacionalidad.

Aunque no puede negarse que la nacionalidad de las partes, considerada en relación con el territorio nacional y con independencia del lugar del domicilio, sea también un foro de atribución de competencia personal, lo cierto es que su ámbito de vigencia se encuentra muy limitado en el marco del Derecho procesal civil internacional. En efecto, tal conexión entre el caso práctico y la jurisdicción de los tribunales nacionales, de una sola de las partes, puede llegar a constituir un grave obstáculo para el reconocimiento extraterritorial y la subsiguiente ejecución de las resoluciones emitidas por los primeros, puesto que podría ser considerado más bien un privilegio personal que la aplicación de un criterio general objetivo.

Por otro lado, el *forum reale* supone que el punto de conexión establecido en la norma procesal otorga el poder de ejercicio jurisdiccional a un determinado órgano, al margen de circunstancias, fácticas o jurídicas, que puedan concurrir en una o en ambas partes litigantes. Nos referimos, pues, a un tipo de foro que opera con arreglo a elementos, de hecho o de derecho, que se encuentran en relación con un lugar concreto que viene enmarcado en la dimensión espacial de la relación jurídica controvertida. Ejemplo ilustrativo de esta tipo-

²⁴ Los denominados *forum loci originis rei* y *forum loci domicilii rei*, procedentes del Derecho romano, pertenecen a esta categoría del foro personal. En efecto, el lugar de origen del reo, *favor rei*, o bien de su domicilio o de su residencia habitual son considerados, desde la época imperial, como puntos de referencia aptos para conectar las causas litigiosas con la competencia de la jurisdicción municipal, en primera instancia, y provincial, en apelación. El foro del origen natural y el del domicilio actúan de manera conjunta y son concebidos no sólo desde el punto de vista de la distribución de los poderes públicos, sino en cuanto medios de tutela del individuo que, a cambio, queda sometido a los impuestos en una y otra sede. D. 50, 1 *Ad municipalem et de incolis*, 29 (*Gaius 1 ad Edictum provinciale*): *Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est; nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet*. Según Paulo (D. 50, 1, 29), la competencia de la magistratura municipal se mantiene incluso en las causas de mayor cuantía, salvo que las partes litigantes acordasen otra cosa: *Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur*.

Una prueba fehaciente de la pervivencia, *mutatis mutandis*, de estas figuras romanas se encuentra en la LEC vigente, art. 50: *Fuero general de las personas físicas. 1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será juez competente el de su residencia en dicho territorio (...)*

En términos similares se expresa el art. 51, a propósito de fuero general de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad.

Asimismo, el art. 4.1 del texto refundido del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo establece, con alcance general, que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, salvo que se establezca otra cosa, en casos especiales: *persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State*.

logía es el llamado *forum loci rei sitae*, referido a la ubicación del bien inmueble objeto de la *litis*²⁵. Asimismo, el del lugar de cumplimiento de la obligación, *forum loci executionis*, e incluso el de perfección del contrato, *forum loci celebrationis*. Cuando el proceso versa sobre reclamación de responsabilidades civiles por daño o penales por delito, se recurre al llamado *forum loci delicti commissi*.

Más allá de las divergencias notorias existentes entre los foros de competencia personales y reales, que acabamos de citar, resulta que tienen en común el origen o fundamento del que proceden, puesto que no despliegan sus efectos en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en el oportuno acuerdo entre ellas, sino que lo hacen por imperio de la ley o norma de derecho objetivo general. Lo personal y lo real tampoco constituyen dos categorías incompatibles que se excluyan mutuamente, ya que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico prevé un régimen dual en que concurren ambos criterios, en condiciones de ordenación jerárquica²⁶, alternativa, etc.

2.2 Forum exclusivum versus forum electivum

A continuación, la clasificación de los foros competenciales nos lleva a distinguir entre aquellos que son exclusivos de un Estado y excluyentes de

²⁵ A pesar de que la regla general romana establece que el actor ha de seguir el fuero del lugar del reo, tanto en las acciones *in rem* como en las acciones *in personam*, en el supuesto especial de ejercicio de una acción real contra el poseedor, el criterio de conexión aplicable corresponde al del lugar de situación del objeto litigioso. C. 3, 19 *Ubi in rem actio exerceri debeat, 3 Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius (Ad Terentium): Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quae contenditur, constituae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.*

El art. 52 1.º de la LEC muestra la continuidad histórico-jurídica en esta materia: *En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa (...)*

Asimismo, el art. 24.1 del texto refundido del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo establece, sin consideración del domicilio de las partes y con carácter exclusivo y excluyente, la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros donde los bienes inmuebles se hallen situados, en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento que tengan por objeto este tipo de bienes: *The following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction, regardless of the domicile of the parties: (1) in proceedings which have as their object rights in rem in immovable property or tenancies of immovable property, the courts of the Member State in which the property is situated (...)*

²⁶ Un ejemplo ilustrativo de este modo de proceder se encuentra en el art. 52 6.º LEC: *En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante y, cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.*

cualquier otro, frente a los de carácter no exclusivo, susceptibles de entrar en concurrencia con otro u otros. Ante esta disyuntiva, el legislador ha de adoptar una posición, ya sea la de no renunciar, por razones de máxima proximidad, al monopolio del supuesto de hecho contemplado, ya sea la de reconocer los valores superiores de la cooperación y reciprocidad interestatales. En ocasiones, la apelación a nociones como soberanía nacional, protección de los intereses generales del Estado, etc. suele estar a la base de la inderogabilidad del llamado *forum proprium et exclusivum*.

La exclusividad que caracteriza este tipo de conexión va unida al requisito de la especialidad, puesto que se exige, además de la constatación rigurosa del preciso «interés estatal» en la materia objeto de controversia, una estrecha vinculación entre el supuesto de hecho previsto y el ordenamiento jurídico y el territorio de la nación. El establecimiento de conexiones exclusivas entre territorio estatal y ubicación del objeto de la relación jurídica, como sucede en el supuesto de ejercicio de la *actio in rem*, da lugar a diversas consecuencias de manera inmediata:

Primera: la invalidez de todo pacto dispositivo entre las partes, en sentido diverso al establecido por la norma de atribución, *derogatio fori*²⁷. Esto es, el régimen exclusivo no resulta compatible con la idea de sumisión, ya sea expresa, ya sea tácita. Segunda: la imposibilidad de conectar el caso práctico con un foro general competencial (como el del domicilio del reo), puesto que la exclusividad rechaza toda alternativa. Tercera: la necesidad de que las actuaciones judiciales y resoluciones adoptadas, de manera exclusiva, queden a salvo de la inadmisión de eventuales peticiones de cooperación, de reconocimiento y de ejecución, ante otra organización jurisdiccional que podría coincidir con la vinculada al domicilio de las partes. Cuarta: la obligación de todos los Estados, en general, de abstenerse de intervenir en cuestiones de materia reservada a uno de ellos en particular, en aquellos sistemas regulados en virtud de norma comunitaria o de convenio internacional.

Es importante subrayar también que a pesar de la naturaleza *extra ordinem* de este régimen, la previsión de foro exclusivo, a propósito de las cuestiones relativas a bienes inmuebles, tanto de dominio público como privado, es prácticamente una constante en Derecho Internacional público y privado derivada del arraigo territorial de la soberanía estatal.

En definitiva, no cabe reconocimiento alguno ni ejecución de sentencias por parte del titular de la exclusiva a instancia de quien haya actuado en clara

²⁷ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., Ob. cit., pp. 93 y ss.

intromisión y con vulneración del espacio reservado por la normativa excluyente. Se entiende, por tanto, que la seguridad jurídica venga a establecer limitaciones a este monopolio competencial, con el fin de reducirlo a la mínima expresión en favor de cooperación interestatal. Se trata de evitar que sobre el mismo tipo de asuntos recaigan los foros exclusivos de dos o más estados.

Por otro lado, los foros no exclusivos que son susceptibles de concurrir con otro u otros de carácter alternativo, representan la regla general susceptible de interpretación favorable, en el diseño de la jurisdicción supranacional²⁸. En este orden de ideas, la normativa de competencia, dando entrada normalmente al principio de autonomía de la voluntad de las partes, admite la posibilidad de que dos o más tribunales nacionales tengan capacidad para conocer el mismo asunto y, por tanto, de adoptar la resolución definitiva sobre el mismo. O bien, la posibilidad de que un solo tribunal pueda declarar su competencia jurisdiccional civil, en virtud de más de un criterio legalmente establecido.

Esta misma normativa legal presenta, unas veces, carácter unilateral, autónomo y atributivo; otras, plurilateral, convencional y distributivo, siendo muy frecuente en la práctica la coexistencia del foro general de atribución de competencia no exclusiva (por ejemplo, del domicilio del demandado) con foros alternativos o facultativos especiales por razón de la materia, que vienen a ofrecer opciones diversas a la parte actora demandante. En efecto, aunque en principio, dos órdenes jurisdiccionales resulten competentes a la vez, la presentación de la demanda y la admisión a trámite, ante uno de ellos, hace que pase de ser potencialmente competente a efectivamente competente.

Es cierto que con la previsión de varios foros se pretende evitar el vacío jurisdiccional, pero, al mismo tiempo, se ofrece al actor una ventajosa facultad de elección. En estas condiciones, cuando este puede escoger su tribunal nacional, surge la figura denominada *forum shopping*, objeto de crítica doctrinal ya que puede dar lugar a un recurso abusivo a la jurisdicción de conveniencia, en detrimento de los intereses de demandado, considerado generalmente la parte más débil.

2.3 Foros de sumisión (*Forum prorogatum, tacitum vel expressum*)

En la doctrina *iuspublicista* del Derecho de gentes contemporáneo, el instituto del *forum prorogatum* ha sido aceptado con motivo de la jurisdicción

²⁸ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., Ob. cit., p. 101.

ejercida por el Tribunal Permanente Internacional de Justicia y, más tarde, acogido en el seno del Tribunal Internacional de Justicia, puesto que, en último término, el ejercicio de la competencia de estos organismos depende del consentimiento de las partes en virtud de regla *allegans contraria non audiendus est*.

Actualmente, la doctrina internacional *iusprivatista* viene sancionada en los artículos 25 y 26 del Reglamento europeo 1215/2012. Y ello tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, *pacta sunt servanda*, así como en el carácter dispositivo de la norma reguladora de la materia correspondiente.

Tiene lugar la sumisión tácita cuando, con ocasión de la presentación de la demanda, el demandado comparece en juicio sin impugnar la competencia del tribunal. Este foro opera con independencia del domicilio del reo, pero carece de validez en aquellas materias objeto de competencia exclusiva del Estado²⁹. Asimismo, la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que la sumisión tácita prevalece sobre aquella otra expresamente pactada, de acuerdo con la máxima *lex privata posterior derogat priori*³⁰.

Por otro lado, foro de sumisión expresa es aquel que han elegido las partes de mutuo acuerdo³¹, mediante una cláusula o pacto añadido al negocio jurídico, fijando el órgano de competencia jurisdiccional para conocer de los litigios surgidos o que puedan surgir eventualmente entre ellas. Este foro opera también con independencia del domicilio del reo, pero no puede alterar las disposiciones inderogables en materia de contratos de seguro, de consumidores y de trabajo, como tampoco puede derogar la competencia exclusiva estatal.

Precisamente, la sumisión expresa lleva consigo carácter exclusivo, a no ser que se pacte lo contrario y sin perjuicio de lo que ya se ha indicado en relación con la prevalencia de la sumisión tácita. Requisito esencial de este tipo

²⁹ Art. 26. 1 Reg.1215/2012: *Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 24.*

³⁰ STJUE 17-3-2016, as. C-175/15, *Taser International Inc.*, en relación con un litigio entre las partes de un contrato, que incluye una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero, habiéndose sometido el demandado, sin embargo, al tribunal del Estado en que tiene su sede social.

³¹ Art. 25. 1 Reg.1215/2012: *If the parties, regardless of their domicile, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise.*

de cláusulas es el consentimiento efectivo entre las partes, a lo que se añade la formalidad correspondiente, sobre la cual existe abundante jurisprudencia del TJUE³².

2.4 **Forum generale versus forum speciale**

La normativa de competencia jurisdiccional civil *iuscomunitaria* europea, al igual que la internacional privada, establece foros generales cuando la conexión entre el juez y el caso se hace efectiva con independencia de cuál sea el objeto de la *litis*, el tipo de demanda presentada, la localización espacial de los hechos o derechos en disputa etc., por lo que se constituyen, de este modo, títulos aptos para cualquier tipo de pretensión.

En este sentido, resulta que el *forum loci domicilii rei* es considerado como el foro general por excelencia. En cuanto a las ventajas que avalan dicha opinión doctrinal, los autores suelen presentarlas desde tres perspectivas diversas:

Primera: por lo que se refiere al actor, resulta que va a gozar de una garantía de ejecución de la eventual sentencia condenatoria, puesto que quedan superados posibles inconvenientes, como la falta de reconocibilidad por razones de orden público, de competencia manifiestamente débil del tribunal de origen, etc. Asimismo, porque las actuaciones de embargo y ejecución patrimonial suelen ser más ágiles, gracias a la coincidencia de la sede del tribunal y la ubicación de los bienes. Segunda: en cuanto al demandado, suele afirmarse que la proximidad de su domicilio a la sede del órgano jurisdiccional asegura las mejores expectativas de defensa (a los efectos de notificaciones, emplazamientos, etc.). Tercera: incluso si nos centramos en el tribunal del domicilio del reo, resulta que se encuentra en la posición más favorable, en orden a admitir o inadmitir a trámite la fundamentación fáctica y jurídica de la *causa petendi* a que se acoge el actor.

En cambio, los foros especiales se caracterizan por atribuir la competencia jurisdiccional civil en función de circunstancias fácticas o jurídicas que otorgan al supuesto previsto una marcada peculiaridad, que lo separan del régimen de conexión general. Por tanto, el foro correspondiente ha de adaptarse a las condiciones propias del *petitum*. Pero ello no excluye que este foro resul-

³² ESPLUGUES MOTA, C. *ET ALII*, Ob. cit., pp. 129-33.

te compatible, en su caso, con otro de alcance general (entre los que se encontraría el que corresponde al domicilio del reo).

2.5 Foro especial de protección

Se trata de una conexión «orientada subjetivamente», esto es, inclinada en favor de una de las partes litigantes, por considerarse que su posición es la más débil, y se encuentra necesitada de una tutela especial. Todo ello ha de quedar plenamente justificado, puesto que, en caso contrario, se incurriría en el llamado fuero exorbitante. En efecto, no se pretende favorecer al litigante nacional, ni otorgar un privilegio procesal, sino asegurar o restablecer el imprescindible equilibrio entre las partes demandante y demandada. Por tanto, las previsiones legales que imponen este régimen jurídico constituyen una limitación de la autonomía de la voluntad y cumplen una función correctora del fuero de sumisión, tanto expresa como tácita. En suma, todo acuerdo que tenga por objeto instaurar un foro alternativo al foro legal de protección habrá de ser considerado como no puesto.

2.6 Foro especial en materia de medidas cautelares o provisionales

El Derecho competencial europeo reconoce la facultad del interesado de solicitar medidas cautelares ante cualquier Estado miembro, con arreglo a su normativa interna, con independencia de cuál sea el tribunal competente para conocer sobre el fondo del asunto. En otros términos, atribuye competencia a los tribunales de cada Estado miembro para adoptar las medidas de control necesarias en orden a asegurar los bienes del demandado que se encuentren en su territorio³³. Y ello no excluye que el mismo órgano competente sobre el fondo del asunto puede también adoptar las cautelas que estime pertinentes. En este sentido, es importante subrayar que el Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo ha venido a establecer el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas.

³³ *Art. 35 Reg. 1215/2012: Application may be made to the courts of a Member State for such provisional, including protective, measures as may be available under the law of that Member State, even if the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter.*

2.7 Litispendencia y conexidad (*Forum litispendentiae, forum conexitatis*)

La institución de la litispendencia, *lis pendens* en la terminología latina *iuscomunitaria* europea, tiene antecedentes en la *exceptio rei in iudicium deductae* y su fundamento reside en el principio *non bis in idem*. Constituye un medio de afrontar el grave problema de las situaciones prácticas derivadas de la tramitación simultánea, ante órganos jurisdiccionales de dos o más Estados, de demandas distintas, pero con el mismo objeto, idéntica causa y entre las mismas partes³⁴. La identidad objetiva se da incluso cuando una de las demandas pretende el cumplimiento de un contrato, mientras que en la otra se pide la declaración de su nulidad en virtud de una causa concreta. Incluso cuando, por un lado, se litiga sobre una solicitud de indemnización de daños y perjuicios y, por otro, se discute sobre una supuesta circunstancia de exención de responsabilidad por dichos conceptos. La identidad causal se refiere, según la jurisprudencia del TJUE, a los hechos y a la norma jurídica que se invocan como fundamento de la demanda. Y la identidad de partes es estimada con independencia de que sus posiciones respectivas no sean coincidentes, es decir, que en uno se actúe en calidad de demandante y, en otro, de demandado. Solicitada y comprobada la situación de litispendencia, el tribunal que ha entrado a conocer con posterioridad ha de suspender de oficio el procedimiento, hasta que el tribunal que lo ha hecho con anterioridad se declare único competente³⁵, de acuerdo con la máxima *prior tempore potior iure*. Lógicamente, esta regla de prioridad temporal no resulta aplicable cuando el tribunal que interviene más tarde lo hace en virtud de competencia exclusiva o prorrogada.

La conexidad, en cambio, se refiere no a la simultaneidad de varias demandas idénticas, sino a demandas estrechamente vinculadas entre sí, *related actions*, y, sin embargo, no interpuestas ante el mismo órgano jurisdiccional, en detrimento del criterio de acumulación por razones de coherencia y economía procesal. En el marco del Reglamento europeo 1215/2012, la respuesta jurídica ante este antecedente fáctico se plantea no en términos de necesidad, como ocurre con la litispendencia, sino de oportunidad o conveniencia, pero siempre con la finalidad de evitar eventuales resoluciones judiciales contradictorias³⁶. Por tanto, ante un supuesto de conexidad, el órgano jurisdiccional que

³⁴ Se pretende evitar precisamente la contradicción entre los pronunciamientos judiciales en el seno de la justicia interestatal (STJUE de 19-12-2013, as. C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. Europe Ltd.* y jurisprudencia aquí citada).

³⁵ Art. 29. 3 Reg.1215/2012: *Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court.*

³⁶ Art. 30. 3 Reg.1215/2012: *For the purposes of this Article, actions are deemed to be related where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk*

ha entrado a conocer en un momento posterior dispone de dos opciones reconocidas legalmente. Primera: seguir adelante con sus actuaciones, puesto que no se le impone la abstención. Segunda: paralizarlas y acordar el sobreseimiento en favor del primer tribunal en las condiciones establecidas³⁷.

Tanto en la litispendencia como en la conexidad, es regla común que la prioridad temporal viene dada con referencia al momento en que la demanda o escrito equivalente es presentado ante el juez, quedando así superada la antigua remisión a las *leges fori* que, por su diversidad, generaban inseguridad jurídica³⁸.

2.8 *Forum necessitatis*

Con esta expresión latina, la doctrina contemporánea alude a un criterio *extra ordinem* de aceptación de competencia *ad hoc*. Figura muy discutida actualmente, en relación con los límites de la jurisdicción estatal y la impunidad internacional³⁹, que trata de evitar la situación de «denegación de justicia», imponiéndose al juez o tribunal ante el que se presenta la demanda el deber de acoger la reclamación, aunque su competencia no venga predeterminada legalmente y siempre que concurren circunstancias negativas excluyentes de los restantes órganos jurisdiccionales conectados con el supuesto de hecho. El foro de necesidad supone una ampliación justificada del poder de actuación legalmente otorgado. Todo ello tiene su origen en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que prevalece sobre la aplicación rigurosa del principio de legalidad en la asignación de las funciones públicas, para dar acogida a criterios correctores más flexibles.

A propósito del reconocimiento de este *forum praeter legem*, no podemos dejar de considerar la exigencia de determinadas condiciones previas, entre las que se encuentran la existencia de una conexión razonable del litigio con el órgano receptor y la previsibilidad de denegación de auxilio por parte de los demás tribunales extranjeros supuestamente vinculados al caso, o bien la im-

of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.

³⁷ Art. 30 Reg.1215/2012: 1.-Where related actions are pending in the courts of different Member States, any court other than the court first seised may stay its proceedings.

2.- Where the action in the court first seised is pending at first instance, any other court may also, on the application of one of the parties, decline jurisdiction if the court first seised has jurisdiction over the actions in question an its law permits the consolidation thereof.

³⁸ ESPLUGUES MOTA, C. *ET ALII*, Ob. cit., p. 148.

³⁹ MARULLO, M. CH., *La lucha contra la impunidad: El foro necessitatis*, InDret, vol. 3, 2015.

posibilidad o gran dificultad para personarse ante instancias foráneas⁴⁰. Cumpliéndose los requisitos exigidos, el foro de necesidad no queda reducido al campo de actuación del juicio declarativo, sino que abarca también el juicio ejecutivo y el procedimiento de ejecución forzosa.

3. *FORUM PROROGATUM* Y *FORUM REI* COMO FUEROS DE ALCANCE GENERAL DE ORIGEN ROMANO

Las cuestiones que hoy se plantean en torno al fuero competente, en esta materia de impugnación revocatoria de actos realizados supuestamente en fraude de acreedores, afectan no solo a las relaciones jurídicas entre ciudadanos y circunscritas al territorio nacional común a ambas partes, sino también a las de carácter mixto, entre sujetos de ciudadanías diversas, así como a aquellas otras relaciones no circunscritas a dicho ámbito territorial común. Es decir, pertenecientes al Derecho procesal civil en sus diversas manifestaciones, nacional, interregional, europeo e internacional.

Nos encontramos ante reglas y normas cuyas formulaciones diversas obedecen a la pluralidad de los ordenamientos nacionales en que tienen acogida, a la cual viene a añadirse la presencia del elemento supranacional europeo. Sin embargo, en el fondo, todos ellos responden a unos criterios básicos y a unos principios compartidos. Y lo cierto es que puede constatarse, también en este régimen adjetivo de distribución competencial, la fidelidad notoria a la tradición jurídica procedente del Derecho romano.

El principio dispositivo, con respecto a determinados preceptos sobre atribución de competencia jurisdiccional civil, susceptibles de derogación singularizada, *ius dispositivum*, ya tiene antecedentes romanos. Forma parte del acervo de la jurisprudencia clásica, como puede apreciarse a partir de los pasajes seleccionados y conservados por los compiladores justinianos, quienes le otorgan refrendo definitivo bajo la primera rúbrica del libro quinto del Digesto. Los comentarios al edicto perpetuo son el lugar idóneo para la interpretación jurisprudencial favorable a la facultad de libre elección por las partes litigantes del magistrado-juez encargado del asunto. E incluso a la posibilidad de someterse a otro distinto de aquel que, en principio, viene asignado legalmente.

⁴⁰ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., Ob. cit., p. 111. En este sentido, no debe confundirse interpretación integradora de la ley y desarrollo judicial exorbitante, *extra legem* o *contra legem*.

*Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdicio*⁴¹.

Similares consideraciones resultan pertinentes en cuanto a la admisión y reconocimiento de eventuales pactos o convenios de prorrogación del fuero.

Consensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius, et in eum consentiant.

*Convenire autem utrum inter privatos sufficit, an vero etiam ipsius Praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait: QUO MINUS INTER PRIVATOS CONVENIAT; sufficit ergo privatorum consensus*⁴².

Mientras que la naturaleza jurídica del *forum prorrogatum* nos viene dada por los caracteres de principal, consensual y bilateral, al fuero del reo, en segundo término, le corresponde la dimensión unilateral, que lleva consigo el derecho a ser demandado en el lugar del domicilio. Y, en el supuesto de que lo fuera en un lugar distinto, el interesado podría defenderse ante el pretor alegando el derecho denominado *ius revocandi domum suam*, esto es, de remisión a su *domicilium*. Se plantearía así una cuestión de competencia territorial cuya resolución corresponde al magistrado, de modo que, si este admite que el demandado goza de este fuero favorable, ha de exigirle la prestación de una garantía o caución de asistencia a juicio, *cautio in iudicio sisti*, ante el órgano correspondiente, en el plazo determinado. Además, ha de procurarse que todo ello se haga sin causar daños y perjuicios a los acreedores por el retardo⁴³.

En sentido complementario, el *forum domicilii rei* es objeto de reconocimiento explícito en determinados tipos de litigios. De acuerdo con este criterio ha de procederse cuando la mujer exige al marido la restitución de la dote⁴⁴, o bien cuando el fideicomisario pide el objeto del fideicomiso al heredero fiduciario⁴⁵. Sin embargo, este fuero del domicilio del heredero cede ante el del lugar donde radica la mayor parte de la herencia, a no ser que se probara que el testador quiso que el fideicomiso se cumpliera precisamente en aquel lugar en que se pide. Todo lo cual nos pone de manifiesto la complejidad de esta materia en que las múltiples especialidades casuísticas vienen a derogar la previsión general. Según Paulo, tratándose del ejercicio del oportuno requeri-

⁴¹ D. 5, 1 *De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 1 (*Ulp. 2 ad Ed.*).

⁴² D. 5, 1, 2, pr., 1 (*Ulp. 3 ad Ed.*).

⁴³ D. 5, 1, 2, 6-7 (*Ulp. 3 ad Ed.*).

⁴⁴ D. 5, 1, 65 (*Ulp. 38 ad Ed.*): *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est...*

⁴⁵ D. 5, 1, 50, 2 (*Ulp. 6 Fideicommissorum*): *Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet.*

miento por parte del comprador frente al vendedor para que lo defienda ante una supuesta evicción, este último requerido no puede llevar el litigio ante su juez, sino que ha de comparecer ante el juez del comprador que le requiere⁴⁶.

El análisis comparado de los textos del Digesto procedentes de la jurisprudencia clásica y de aquellos otros del Código promulgados a través de las *constitutiones Principum* nos permite aseverar que, más allá de las diferencias de orden sistemático y metodológico, subyace un paralelismo que permite afirmar la confluencia de dos fuentes complementarias en el más pleno sentido de esta expresión.

En efecto, el Código justiniano, en su libro tercero, Títulos 13 a 27, desarrolla esta materia partiendo los dos fueros generales ya citados: en primer lugar, el llamado *forum prorrogatum* o *forum conventionis* y, en segundo término, el *forum domicilii rei*, completándola con una pluralidad de fueros especiales en el ámbito de la jurisdicción tanto civil como penal o criminal.

4. DIFICULTADES QUE PLANTEA LA CONCRECIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE ACCIÓN PAULIANA Y REVOCATORIA

Supuestas las consideraciones precedentes a propósito de la pluralidad de posibles soluciones en torno a las normas de conflicto de jurisdicciones, resulta necesario profundizar en los mecanismos de tutela dispensados a los acreedores, frente a las disposiciones realizadas por sus deudores en detrimento de la garantía legalmente establecida sobre la totalidad de sus bienes presentes y futuros. A las dificultades de orden práctico derivadas de la complejidad de este régimen jurídico heterogéneo, se une otra que tiene ya arraigo en la tradición jurídica, esto es, la falta de precisión terminológica o de diferenciación conceptual. En efecto, ya en la Compilación justiniana se ha llevado a término la fusión de remedios heterogéneos procedentes del periodo clásico, bajo la denominación de *actio Pauliana*⁴⁷.

Por un lado, el *interdictum fraudatorium* sería ejercitable por cada acreedor a título singular durante el plazo de un año⁴⁸, quizá solamente después de

⁴⁶ D. 5, 1, 49 (*Paul. 2 Responsorum*): *Venditor ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui iudicis; quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petiitorem et emptorem coepta est, ad suum iudicem revocare? Paulus respondit, venditorem emptoris iudicem sequi solere.*

⁴⁷ Esta denominación, que aparece sólo una vez en el Digesto, D. 22, 1, 4, no sería clásica. E. LEVY et E. RABEL, *Index Interpolationum*, II, Weimar, 1931, c. 35.

⁴⁸ D. 42, 8 *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*, 10, 24 (*Ulp. 73 ad Ed.*).

haberse tramitado el procedimiento de ejecución concursal, *bonorum venditio* o *bonorum distractio*⁴⁹, es decir, tras la constatación de que el deudor carecía de bienes suficientes.

Es probable que, por otro lado, la *in integrum restitutio ob fraudem* se planteara en el marco de un procedimiento concursal ya iniciado, operando junto a una *actio rescissoria*, antes de la venta del patrimonio del deudor. Siendo el *curator bonorum* el encargado de su puesta en ejecución y, en su defecto, de los acreedores concurrentes. No debería tampoco confundirse la naturaleza meramente reintegradora de la *restitutio in integrum* con la eficacia de la *actio* plenamente anuladora de enajenaciones o de negocios jurídicos fraudulentos, apta incluso para la corrección de situaciones derivadas de omisiones perjudiciales para la masa patrimonial en su conjunto.

La evolución posterior de la llamada acción pauliana va a quedar vinculada a la coexistencia de una pluralidad de recursos procesales, cuyo objeto es asegurar la sujeción del patrimonio del deudor a la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Mientras que, en la modalidad concursal, el elemento subjetivo del fraude tenderá a objetivarse⁵⁰, en la figura no concursal irá trasladándose el eje central hacia el elemento subjetivo de la mera intención de perjudicar⁵¹. En estas condiciones, el Código Civil español incorporará esta figura no concursal en diversos preceptos alusivos a la presunción de fraude⁵².

⁴⁹ D. 42, 8, 10, 1: *Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bono ipsius vendididerunt (...)* COLLINET, P., *L'origine byzantine du nom de la paulienne*, NRHD, 43, 1919, pp. 206 y ss. KIPP, T., *Impugnación de los actos in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español, (trad. Roces, W.), RDP, 1924. SOLAZZI, S., *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano*, 2 vols., Nápoles, 1945. IMPALLOMENI, G., *Voz Azione revocatoria*, *Diritto romano*, NNDI, II, 1958, pp. 147-52. IDEM, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padua, 1958. TALAMANCA, M., *Voz Azione revocatoria*, *Diritto romano*, ED, IV, 1959, pp. 883-89. D'ORS, X., *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, CSIC, 1974. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *La recepción de la acción pauliana en distintos ordenamientos civiles europeos*, Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Murcia, 1998, p. 173 y ss.

⁵⁰ Ley Concursal española 22/2003, art. 71. 1: *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

⁵¹ De este modo, tiende a confundirse la acción pauliana con las acciones de simulación, de nulidad y de anulabilidad. En efecto, la naturaleza jurídica de la acción pauliana, en sentido estricto, ha de encuadrarse en la noción de ineficacia, pero no absoluta, sino parcial y relativa. No se extiende más allá de la medida necesaria para cubrir la garantía crediticia pendiente. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores. La acción pauliana*. Bolonia, 1998, pp. 15-16. 80, L., *Acción pauliana e integración europea: Una propuesta de ley aplicable*, REDI, vol. LXIV, 2012.

⁵² Art.643 párrafo segundo: *Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella.* La jurisprudencia del TS ha venido a confirmar que esta presunción de fraude es *iuris et de iure*, no

Estas ideas supuestas, no resulta sorprendente que, en torno a la naturaleza jurídica de la acción paulina, exista un amplio debate doctrinal, del cual dependen directamente las cuestiones que suscita la asignación de las oportunas normas de conflicto. Se nos presenta, ante todo, la duda de su catalogación como *actio in rem* o *actio in personam*, cuestión que se remonta a sus orígenes romanos. Esto es, si la acción revocatoria permite perseguir la cosa específica e individualizada frente a cualquiera que la tenga en su poder, ya sea quien la ha adquirido del deudor insolvente o cualquier otro adquirente posterior⁵³; o bien si la reclamación de cosa específica o genérica enajenada en fraude de acreedores solamente puede entablarse exclusivamente ante un demandado determinado (el primer adquirente del deudor) y, en defecto de restitución, ha de pedirse la indemnización de daños y perjuicios⁵⁴.

En este sentido, el jurista Paulo⁵⁵ analiza una cuestión muy ilustrativa, puesto que contempla el caso de una segunda enajenación a título oneroso, entre el adquirente inmediato del deudor y un tercero. La respuesta equitativa consiste en admitir la *restitutio in integrum*, incluso frente el adquirente sucesivo, pero con la condición de que la primera enajenación haya sido fraudulenta y de que dicho tercero mediato, a su vez, haya actuado de mala fe. Es posible que esta controversia no admita una solución uniforme y dependa de cuál sea la naturaleza del objeto cuya transmisión es revocable. En el caso de una cantidad de dinero condonada por el deudor, la acción pauliana revocatoria única-

admitiéndose prueba en contrario. Asimismo, arts. 1290 y ss., bajo el título de la rescisión de los contratos válidamente celebrados.

⁵³ Las Instituciones justinianeas, sin embargo, hacen referencia a la acción pauliana en el apartado dedicado a las reales, precisamente antes de tratar de las personales. Y, según la doctrina tradicional sobre reglas de competencia en las acciones reales sobre bienes muebles o semovientes, se concede al demandante la elección entre el lugar en que se encuentren dichos bienes y el del domicilio del demandado. Cualquiera de estos dos jueces resulta competente para conocer del pleito. En efecto, la naturaleza de estos objetos, que pueden ser trasladados y ocultados, impone que no se siga con todo rigor el fuero de la cosa, permitiéndose al actor que pueda presentar su reclamación en una u otra instancia. La ley 32, Título 2, Partida 3 establece que «cuando demandasen algún siervo o bestia, u otra cosa mueble... aquel a quien la demandasen allí debe responder do fuere hallado con ella, magüer él sea de otra tierra».

En cuanto a las acciones reales sobre bienes inmuebles, se establece con carácter absoluto el fuero de la cosa. MANRESA, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Madrid, 1919, pp. 233 y ss.

⁵⁴ Paulo parece incluir la *actio Pauliana* entre las acciones *in personam*, considerando que el demandado condenado es responsable en cuanto a los frutos (D. 22, 1, 38). En relación con este tipo de acciones, la doctrina tradicional se remite al juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, o ante el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato. Pues si las partes, al hacer el contrato, determinan el lugar en que ha de cumplirse la obligación, tácitamente se comprometen a que en el mismo hayan de tener lugar todas sus incidencias, entre las que encuentra el pleito suscitado con ocasión de su validez, efectos, etc. MANRESA, J. M., *Ob. cit.*, p. 231.

⁵⁵ D. 42, 8, 9.

mente podría ser interpuesta frente al beneficiario de la misma. Similares consideraciones podríamos hacer a propósito de una donación dineraria. Por tanto, puede afirmarse que el carácter real se acentúa en materia de enajenación gratuita o formalmente onerosa de cosa individualizada y concreta, *res specifica*.

Ateniéndonos, ahora, a los requisitos que el actor ha de acreditar, surgen nuevas dificultades. Nos referimos a la exigencia, en primer lugar, del *eventus damni* (elemento objetivo del daño sufrido por el acreedor), así como del *consilium fraudis* (elemento subjetivo del dolo por parte del deudor) y de la *scientia fraudis* (elemento subjetivo del conocimiento del fraude por parte del adquirente). Ante estos interrogantes, puede también plantearse la hipótesis del carácter indemnizatorio de la acción pauliana, e incluso penal, represora de delito o cuasidelito de fraude⁵⁶.

Sin embargo, atendiendo a su función y a las consecuencias que produce, observamos que no tiene por objeto la reparación de un daño efectivamente causado, sino poner a disposición del acreedor los bienes transferidos para que pueda satisfacer su crédito en la medida en que sea necesario. Tampoco pretende imponer una pena pecuniaria al deudor, ni al tercero adquirente, para reprimir la intención de defraudar. Ni siquiera tiene por objeto la sanción de nulidad. Podría pensarse que, en un primer momento histórico, ha cumplido esa función sancionadora de anulación de los negocios fraudulentos y que, finalmente, se ha producido una transformación, dando lugar a una acción autónoma de naturaleza meramente revocatoria, pero solo en la medida de lo necesario. Todo ello ha tenido lugar, sin haberse desprendido por completo de los requisitos relacionados con la antijuridicidad y la culpabilidad. Tales circunstancias hacen muy problemática la exclusión de la acción pauliana no concursal del ámbito de la responsabilidad extracontractual, delictual o cuasidelictual, al mismo tiempo que tampoco resulta fácil su adscripción al terreno de la responsabilidad contractual⁵⁷.

Otra cuestión fundamental surge cuando se aborda el tema desde la perspectiva de las categorías de «juicio declarativo» y «juicio ejecutivo». Mien-

⁵⁶ CARBALLO PIÑEIRO, L., Ob. cit., p. 51.

⁵⁷ FORNER, J. J., *Derecho europeo: La acción pauliana bajo el TJCE (una opinión discrepante de Reichert II)*, Forner Delaygua, J. J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, pp. 137-49. En definitiva, esta acción quedaría también fuera del foro de competencia previsto en el art. 7. 2 del Reglamento 1215/2012, a tenor del cual en materia delictual o cuasidelictual es competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Asimismo, la consideración de esta acción al margen de la vía penal hace que no quede sometida a la *vis atractiva* del foro competente en esta materia previsto en el art. 7. 3, en virtud del cual cuando se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, la competencia corresponde al órgano que conozca de dicho proceso.

tras que el primero va dirigido a la obtención de una sentencia condenatoria o absolutoria susceptible en el primer caso de ejecución voluntaria, el «juicio ejecutivo» tiene la función de preparar el procedimiento de ejecución forzosa o contribuir a su desarrollo, descartada ya la posibilidad de dicha ejecución voluntaria. Los antecedentes romanos no nos llevan tanto a esta opción alternativa como a una distinción entre el proceso tramitado a instancia del *curator bonorum*, tras el embargo de los bienes del deudor, con el fin de preparar la *venditio bonorum* e incrementar los recursos, y aquel otro en que la pretensión del acreedor es la condena del reo a devolver al deudor el bien en cuestión con el que este último podrá satisfacer la deuda pendiente, si lo considera oportuno.

Como conclusión del presente razonamiento jurídico, puede afirmarse que el legislador europeo no es ajeno a esta realidad histórico-jurídica de la *actio Pauliana*. Por lo que se refiere a su modalidad revocatoria concursal está ya prevista la oportuna norma de conflicto jurisdiccional en el Reglamento 1346/2000 y, más recientemente, en el art. 6. 1 del Reglamento 2015/848. Se establece aquí que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia, serán competentes, también, para cualquier acción derivada directamente del mismo y siempre que guarde una estrecha vinculación con este. Y se hace incluso mención expresa a las «acciones revocatorias», *avoidance actions*⁵⁸, lo que supone una importante puntualización normativa, realizada de acuerdo con las más recientes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales.

Se entiende, asimismo, que este régimen jurídico no afecta a la determinación del foro competente en materia de revocación extra-concursal. En nuestros días, sigue estando presente la dualidad de aspectos derivada del hecho de que la acción pauliana pueda ser ejercitada, o bien por parte del *curator bonorum* en el marco de una *bonorum venditio* como procedimiento ejecutivo de carácter patrimonial, universal y concursal, o bien se tramite al margen del mismo, por parte de un acreedor determinado, frente al deudor defraudador y al tercero adquirente y beneficiario como consecuencia del acto fraudulento. Y lo cierto es que los intereses en conflicto vienen a ser coincidentes en una y otra circunstancia. Sin embargo, el dato más relevante, en un caso, sería el procedimiento de insolvencia, mientras que en el otro primaría la garantía legal en favor de un acreedor determinado. En definitiva, tal dualidad de presu-

⁵⁸ *Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council on insolvency proceedings (recast): Art. 6. 1: The courts of the Member State within the territory of which insolvency proceedings have been opened in accordance with Article 3 shall have jurisdiction for any action which derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them, such as avoidance actions.*

puestos condiciona el marco de referencia fáctico y normativo que repercute en el criterio de distribución de jurisdicción competente, e incluso de ley aplicable. Tanto en un régimen jurídico como en otro, no puede haber coincidencia entre los supuestos de tutela del interés de la masa de acreedores y los de protección del derecho del acreedor impugnante⁵⁹.

⁵⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Navarra, 2010, pp. 59-66.

VI

DERECHO PÚBLICO

UN APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PIRATERÍA EN EL ÁMBITO EUROPEO ¹

A note about the evolution of the concept of piracy in the European context

EDORTA CÓRCOLES OLAITZ

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen: Tras el repunte de los episodios de piratería a finales del siglo xx, las cuestiones en relación con este fenómeno han vuelto a ponerse sobre la mesa. Uno de los aspectos más polémicos, se refiere a la propia definición de lo que se entiende por piratería. Se trata de una cuestión antigua pues, al menos en el ámbito europeo, nunca ha sido resuelta, es decir, la definición de la piratería ha estado siempre sujeta a variaciones. El objeto de la presente aportación es hacer un ligero repaso de dicha cuestión.

Palabras clave: Piratería; Depredación naval; UNCLOS.

Abstract: Due to the growth of piracy cases at the end of the XX century, the issues concerning this matter had been laid on the table again. One of the most controversial of those issues is the one related to the actual definition of piracy. It is an ancient question that has not been resolved, at least in the European context - that is, the definition of piracy has always been subject to change. The goal of this paper is to make a brief review of this issue.

Keywords: Piracy; Naval predation; UNCLOS.

SUMARIO: I.-Introducción; II.-La depredación naval en Grecia y Roma; III.-El medievo; IV.-Grotius y Selden; V.-El marco jurídico contemporáneo; VI.-La posición desreguladora; VII.-Conclusión.

¹ Este trabajo es un resumen del artículo que será publicado en el próximo número de octubre de 2019 de *RidRom*.

I. INTRODUCCIÓN

Como cualquiera que se aproxime la cuestión del concepto de piratería puede notar, el gran problema en relación con la misma tiene que ver con el uso del lenguaje, pues la denominación que se pueda dar a un acto de depredación naval puede variar en virtud de la necesidad o conveniencia de transmitir una idea positiva o negativa de dicho acto. El objeto de esta comunicación, es resaltar los problemas planteados en la elaboración de un concepto de piratería a lo largo de la historia europea, dejando al margen otros ámbitos.

II. LA DEPRDACIÓN NAVAL EN GRECIA Y ROMA

Las primeras referencias en la cultura europea las encontramos en Homero, en la Odisea y el canto VII, a Dióniso. El término empleado por Homero, habitual a lo largo de la historia de Grecia, es *ληιστωρ*, derivado de *λεια*, es decir, que etimológicamente es un término relacionado con la palabra para designar el botín, aplicable a toda ocasión en la que se produjera un robo con violencia, no necesariamente desde o hacia el mar y sin que tenga necesariamente connotaciones negativas². Es decir, que en la antigua Grecia no existía un término específico para designar lo que, de forma genérica, podríamos denominar depredación naval.

En una primera época, en Roma se manejará un concepto similar, es decir, una actividad cuyo reproche dependería de los intereses del momento. No será hasta mediados del siglo II a. C. cuando, de forma paulatina, la piratería empiece a ser considerada como digna de reproche con carácter general. Polibio será quien haga uso habitual del término *πειρατής*, origen del latino *pirata*, al que dotará de ese carácter de reproche³.

No se trata de una cuestión casual, pues la época en la que Polibio es llevado a Roma, tras la ocupación de Grecia, coincide con el inicio de un claro proceso de expansión que implica la consideración del Mediterráneo como un verdadero *mare nostrum* desde la perspectiva romana. En consecuencia, toda persona que, de algún modo y por cualquier causa, se opusiera a ese proceso, sería considerada *pirata*⁴, con las connotaciones negativas que caracterizarían al término en adelante.

² PIANEZZOLA, E., *Le parole dei pirati, schede lessicali* en *La pirateria nell'Adriatico antico*, *Hesperia* 19, Roma, 2004, p. 11.

³ Entenderá además que Roma tendría como deber el proteger el Mediterráneo de piratas, DE SOUZA, P., *Piracy in the Graeco-Roman world*, Cambridge, C. U. P., 1999, p. 110.

⁴ ÁLVAREZ-OSSORIO, A., *Los piratas contra Roma*, Écija, 2008, pp.18-20.

Este cambio de la visión que del fenómeno se tenía en la época se produjo, como se ha señalado, de forma paulatina, siendo conocidos varios episodios en los que parte de la clase dirigente romana llegó a una estrecha colaboración con piratas (como la declaración del puerto de Delos como franco, facilitando a las élites romanas el acceso a esclavos más baratos, vendidos por piratas cilicios⁵); esto, unido a la desaparición por asimilación de los dos focos desde los que se ejercía el control de la piratería en grandes zonas del Mediterráneo, es decir, Grecia y Cartago, supuso un importante auge de este tipo de actividad (que en su momento álgido supuso la destrucción de una flota romana en el puerto de Ostia, el secuestro de dos pretores junto con sus líctores, asaltos a la vía Apia, etc.).

La reacción ante esta situación se realizó mediante dos instrumentos jurídicos, la *Lex de piratis persecuendis* (*Lex de provinciis praetoriis*)⁶ y la *Lex Gabinia*⁷.

Mediante la primera se trató de asegurar la colaboración de las potencias aliadas de Roma en la lucha contra la piratería, mientras que mediante la segunda se otorgó un *imperium* extraordinario a Pompeyo con el fin de darle todos los medios para, en un plazo de tres años, acabar con la piratería cilicia. Cosa que hizo en tres meses.

Siendo esto así, la definición del concepto de piratería la encontraremos principalmente en las fuentes literarias, más que en las jurídicas propiamente dichas. Séneca los identificará con meros saqueadores; por su parte Cicerón incorpora la noción de piratas como enemigos comunes de la humanidad, que inspirará a muchos juristas en los siglos posteriores. Se diría que Cicerón no se limita a excluirlos de la sociedad, sino que incluso les desprovee del carácter de seres humanos⁸. Por tanto, será a partir de esta época cuando se entienda

⁵ ORMEROD, H. A., *Piratería en la antigüedad*, traducción de León, V., Madrid, Renacimiento, 2012, p. 159. MONACO, L., *Persecutio Piratarum*, Nápoles, Jovene, 1996, pp. 82 ss.

⁶ MONACO, L., *Persecutio Piratarum*, Nápoles, Jovene, 1996, pp. 167-171; Pohl, H., *Die römische Politik und die Piraterie im östlichen Mittelmeer vom 3. Bis zum 1. Jh. V. chr.*, 1193, de Gruyter, Hamburgo, pp. 216 y ss. Se conservan dos testimonios epigráficos de esta ley, traducciones al griego del original latino; se hace uso del término *πειρατής*. De fecha incierta, en torno al 100 a. C. Ver https://www.researchgate.net/publication/259978863_Lex_de_provinciis_praetoriis_Crawford/download, a 1 de mayo de 2019, para una reconstrucción del texto original en latín.

⁷ *Lex Gabinia de uno imperatore contra praedones constituendo*, del 67 a. C. Ver en general, MONACO, L., *Persecutio Piratarum*, Nápoles, Jovene, 1996, pp. 199 y ss, en la que, obviamente, se usa el término *praedones*.

⁸ CICERÓN, *De officiis* III, 107: «*Nam pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium; cum hoc nec fides debet nec ius iurandum esse commune*». WALDE, A.-HOFFMAN, J. B., *Latinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Carl Winter, 1982. De aquí se derivará la expresión *hostis humani generis*, aplicada por la jurisprudencia británica. Es la expresión empleada por Edward Coke en su *Institutes of the Laws of England*, considerado la base de lo que será conocido como *common law*. Ver COKE, E., *Institutes of the Laws of England* 3, 1629, pp. 113 en <http://lawlibrary.wm.edu/wytheopedia/library/CokeThirdPartOfTheInstitutesOfTheLawsOfEngland1644.pdf>, a 14 de mayo de 2019.

que la piratería es un problema que afecta a todas las comunidades, más allá de los intereses particulares de cada sociedad.

Durante el principado no hubo un verdadero riesgo pirático, hasta el siglo IV, en el que los cilicios retomarán esta actividad que les caracterizó en siglos anteriores⁹, así como los vándalos, que llevarán a cabo un bloqueo naval de Roma que a menudo se ha identificado con piratería¹⁰, pero que habría que englobar dentro de lo que se entiende como acciones bélicas. Tras la expansión árabe por el norte de África, la actividad pirática conocerá un nuevo apogeo, esta vez de manos de piratas bereberes (berberiscos).

III. EL MEDIEVO

A partir de la edad media, al margen de las actividades de los piratas bereberes en el Mediterráneo, las actividades de depredación naval se pueden identificar con las de los corsarios que actuaban en nombre, o a favor, de distintos monarcas, por lo que no cabría hablar de piratería en un sentido general, sino más bien de un tipo de actividad paramilitar al objeto de obtener recursos, actividad que conocerá un nuevo auge durante la guerra de los cien años¹¹. Asimismo, a comienzos del siglo XIII la piratería se extenderá con fuerza al mar Báltico, lo que obligará a los emporios comerciales de la zona a unirse para hacer frente a esta amenaza¹².

La conquista de las américas por parte de las potencias europeas y, en general, la apertura de rutas comerciales por todo el globo, marcará una nueva época, iniciando lo que se ha dado en llamar la edad dorada de la piratería. Este importante aumento de la actividad pirática se ha de vincular a la incorporación de nuevas tierras a las potencias europeas, por lo que la creación de estas nuevas rutas comerciales facilitó las actividades de depredación, sin olvidar los avances en la ingeniería naval, que permitieron el desarrollo de buques óptimos para los asaltos en alta mar (cosa impensable durante la época de las galeras)¹³.

No obstante el tiempo transcurrido, la idea que de la piratería se tenía en esta época es la misma que se implantó a partir de tiempos de Cicerón, es decir, la consideración de los piratas como enemigos del género humano. Esta visión tiene su reflejo en los tratados del siglo XVI, de modo que cualquier

⁹ ÁLVAREZ-OSSORIO, A., *Los piratas contra Roma*, Écija, Editorial Gráficas Sol, 2008, pp. 79 y ss.

¹⁰ ÁLVAREZ, D., *El reino pirata de los vándalos*, Sevilla, E. U. S., 2016.

¹¹ LE GOFF, R., *La protection des navires soumis au risque de piraterie. Enseignements tirés de l'épisode de piraterie somalien (2006 à 2013)*. Tesis doctoral en <https://www.theses.fr/199790795>, p. 35.

¹² Siendo este el motivo inicial de la creación de la Liga Hanseática, GOSSE, P., *Historia de la piratería*, en la traducción de Novás Calvo, L., Salamanca, 2018, pp. 117 y ss.

¹³ TOURET, C., *La piraterie au vingtième siècle*, París, LGDJ, 1992, p. 4.

nación estará legitimada para tomar medidas contra los piratas, sin que sea necesario declarar un estado de guerra o requisito similar¹⁴.

IV. GROTIUS Y SELDEN

Como consecuencia de los conflictos surgidos a partir de la expansión de las naciones europeas por el Océano, se establecieron las dos visiones en relación con el control del mismo, resumidas fundamentalmente en las posturas de dos autores de la época. Así, por un lado está la consideración, basada en fuentes romanas, del mar como una *res extra commercium*, lo que lleva a la formulación de la tesis del *mare liberum* del holandés Grotius, de modo que no cabría proyectar la soberanía de los estados a los mares¹⁵. Por otro lado, está la visión de *mare clausum* del británico Selden, por la que sí cabe apropiarse de los mares, de modo que se podría reconocer la soberanía de los estados sobre los mismos¹⁶.

El hecho de que sea la tesis de Grotius la que sea aceptada con carácter general, impondrá a las naciones un deber de cooperar entre ellas en la persecución de la piratería, pues la soberanía de los estados tendrá una proyección muy limitada hacia el Océano. Además, precisamente por ello, cada nación manejará un distinto concepto de piratería, propio de su ordenamiento jurídico, que atenderá a sus intereses particulares, lo que dificultará la acción conjunta.

Grotius, en su *De iure praedae commentarius*, define la piratería como acto de robo en la mar, cometido por sujetos privados y sin una causa necesaria para ello¹⁷. Por tanto, desde esta perspectiva, no se puede considerar que un

¹⁴ PETRINI, *De re militari et bello tractatus*, Venecia, F. de Portonariis, 1563 (fond. Ferrero, 2006), pp. 39v: «*Iam dixi non esse movenda arma sini precedat denuntiatio, sive ut dicunt, diffidatio, solent tamen excipi piratae; is enim sunt ipso iure et facto diffidati, qui enim omnes habent pro hostibus, debent ab omnibus expectare rependi vices, et omnibus licere deber in eos infurgere, quod Bal. dixit in Authen. Navigia. C. de fur. (...)*». COKE, E., *Institutes of the Laws of England* 3, 1629, pp. 113 en <http://lawlibrary.wm.edu/wytheopedia/library/CokeThirdPartOfTheInstitutesOfTheLawsOfEngland1644.pdf>, a 14 de mayo de 2019.

¹⁵ Así lo señala en su *Mare Liberum*, obra escrita en 1609, en cuyo capítulo V encontramos el siguiente pasaje, en traducción de Blanco García y García Arias, p. 101: «El mar, por consiguiente, se encuentra entre aquellas cosas que no son propias de comercio, esto es, que no pueden convertirse en propiedad privada. De donde se sigue, si hablamos con exactitud, que ninguna parte del mar puede juzgarse territorio propio de pueblo alguno».

¹⁶ Escrito expresamente en contra de la tesis de Grotius, el Segundo libro de los dos que componen la obra de Selden *Mare Clausum* (1635) finaliza de forma explícita: «*no man (I suppose) will question but that there remain's not either in the nature of the Sea it self, or in the Law either Divine, Natural, or of Nations, any thing which may so oppose the private Dominion thereof, that it cannot bee admitted by every kinde of Law, even the most approved; and so that any kinde of Sea whatsoever may by any sort of Law whatsoever bee capable of private Dominion; which was the thing I intended to prove*». Consulta de la versión digitalizada de la obra original en <http://eebo.chadwyck.com/ehi/idm.oclc.org>, a 13 de marzo de 2018.

¹⁷ «*Primum enim inhonestus est quaestus eorum, qui privata manu nulla causa urgente alios despoliant, quos in mari piratas dicimus. Deinde et illorum, qui nulla legitima de causa potestatem belli publice*

estado, o cualquier otra entidad organizada (como una tribu o un grupo rebelde), pueda cometer actos de piratería.

Lógicamente, por parte inglesa la conclusión respecto de la definición de piratería irá por otros derroteros, dada la distinta concepción en relación con la extensión de la soberanía hacia los mares; básicamente, se verá a la piratería como una suerte de prolongación del concepto de robo a mano armada al ámbito de jurisdicción de las autoridades navales.

En fin, al margen de la existencia de otras aproximaciones al fenómeno, las dos posturas mencionadas serán las que marquen las visiones de lo que se entienda por piratería hasta el siglo XIX. Se puede afirmar que a partir de entonces la piratería entra en franca decadencia, principalmente por la proyección del poder de las potencias coloniales europeas (sin olvidar a los EEUU) por todo el mundo, una proyección de poder facilitada sin duda por el desarrollo de nuevos tipos de buque y de armamento.

Como es sabido, el final del siglo XX ha conocido un aumento de la actividad pirática en todo el mundo, especialmente en la zona del Golfo de Adén.

V. EL MARCO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Los instrumentos jurídicos de los que dispone la Unión Europea (UE) como tal son escasos, pues se ha legislado poco a este respecto. Por tanto, cada estado dispondrá de las previsiones de su ordenamiento jurídico a las que habrá de incorporar la normativa de carácter internacional, es decir, tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), también conocida como Tratado de Montego Bay, de 1982, así como las resoluciones de la Organización Marítima Internacional (OMI).

El artículo 101 del Tratado de Montego Bay, de referencia para establecer la definición de piratería en el ámbito internacional, dice así:

«Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

- a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:*

gerendi usurpant, sicut memoriae proditum est totas olim gentes, ut Cretenses et Cilicas, Graecos denique ipsos Homero teste, Germanos etiam et Normannos direptiones ne praetextu quidem idoneo et palam publiceque exercuisse: quos et ipsos non injuria praedones dicimus». GROTIUS, H., De iure praedae commentarius, 1609, ed. Hamaker, H. G., 1868, p. 307.

- i) *Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;*
- ii) *Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; (...).*»

Debido a las limitaciones que la ONU tiene en relación con la soberanía de los estados¹⁸, la definición de piratería dada por su normativa excluye los actos cometidos dentro de aguas jurisdiccionales, circunscribiéndola a los cometidos fuera de aguas sometidas a jurisdicción y siempre desde un buque u otro buque.

Se entenderá que se comete piratería si la tripulación de un buque de guerra o de estado se amotinara, tal como indica el artículo 102¹⁹, pero no si actuara en el cumplimiento de órdenes, pues la definición específica que los actos de depredación naval se han de cometer por un propósito personal de la tripulación.

En cuanto a los actos de depredación naval cometidos dentro de aguas sometidas a jurisdicción, se estará a lo señalado por una Resolución de la OMI²⁰, que emplea el concepto de robo a mano armada en estos supuestos, idéntico a la piratería de Montego Bay, sólo que se han de cometer *dentro de las aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial de un Estado*.

Por tanto, la visión clásica de piratería ha sido dividida por el derecho internacional en dos conceptos diferenciados, complementados por la normativa interna de cada estado.

En este sentido, es fácil constatar cómo cada ordenamiento jurídico de los países de la UE emplea un concepto distinto.

A título de ejemplo, España la define así (artículo 616ter CP):

«El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería (...).»

¹⁸ Artículo 2,7 de la Carta de las Naciones Unidas: *«Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opondrá a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII».*

¹⁹ *«Se asimilarán a los actos cometidos por un buque o aeronave privados los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave».*

²⁰ Resolución A.1025(26) de la OMI, apéndice 2.2: *«A los efectos del presente Código regirán las siguientes definiciones: (...) 2.2 «Robo a mano armada contra los buques»: cualquiera de los actos siguientes: .1 todo acto ilícito de violencia o de detención, o cualesquiera actos de depredación o de amenaza de depredación, que no sean actos de piratería, cometidos con un propósito personal y dirigidos contra un buque o contra personas o bienes a bordo de éste, dentro de las aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial de un Estado; 2 todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos anteriormente o facilitarlos intencionalmente».*

Por tanto, no es necesario cometerla de buque a buque, como en Montego Bay, aunque sí *contra* un buque.

El Código Penal alemán no la define, ni se refiere a ella de forma explícita, penando los actos de apropiación de una nave por violencia o amenazas, así como la comisión de actos violentos varios.

Holanda la define como todo acto de violencia desde un buque contra otro buque o las personas que se encuentren en él, fuera de un estado de guerra.

Bélgica la sitúa dentro del título dedicado al terrorismo en su Código Penal, aunque definiéndola mediante una transcripción literal del artículo 101 del Tratado de Montego Bay.

VI. LA POSICIÓN DESREGULADORA

A esta variedad de definiciones y distintos conceptos hay que añadir la normativa jurídico-privada, que hará uso de su propio concepto.

Concretamente, dentro del ámbito de los seguros, existe un sector doctrinal que considera que una definición de la piratería que afecte a las relaciones jurídicas privadas no es conveniente, aunque sí lo sea en el ámbito penal interno e internacional²¹. Según esta visión, serán las partes afectadas quienes, en virtud de la autonomía de la voluntad, deban definir lo que entienden por piratería en su relación específica. Es decir, que en el ámbito de los seguros la definición de piratería cambiará en virtud de lo que la parte aseguradora y asegurada decidan, dado que se entiende que son estas partes las afectadas por el acto de depredación naval en cuestión, lo que las legitimaría para definir qué es piratería.

Como señala un autor, «limitar la definición por mor de la uniformidad, puede ser contrario a la visión que en el mundo de los negocios se tiene de la piratería en el ámbito de la empresa, lo que requeriría de un reajuste de las prácticas empresariales»²².

Por tanto, existe un sector doctrinal favorable a la ambigüedad en relación con la definición de piratería, al objeto de atender a las necesidades de cada momento, sin el encorsetamiento de una normativa vinculante de carácter internacional. Lógicamente esta visión puede ser conveniente para los intereses privados, pero se corre el riesgo de que estas definiciones particulares, válidas para una relación contractual específica, contradigan tanto la normativa de cada es-

²¹ KAO, M. B., *Against a uniform definition of maritime piracy* en *Maritime safety and security law journal* 3, Roma, 2016, pp. 15 y ss.

²² KAO, M. B., *Against a uniform definition of maritime piracy* en *Maritime safety and security law journal* 3, Roma, 2016, p. 16.

tado, como la internacional, por lo que no cabe duda de que la extensión de esta visión, por la que además se entiende que las prácticas empresariales tienen preferencia ante la ley, sería generadora de una gran inseguridad jurídica.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, es claro que a lo largo de la historia la depredación naval ha tenido distintas aproximaciones desde una perspectiva jurídica, reflejo de una visión por la que se entiende que no es conveniente definirla con carácter general, tomando las circunstancias específicas del momento, es decir, lo que conviene a cada estado u organización, como referente a la hora de aproximarse al fenómeno²³.

²³ Las vicisitudes de un personaje histórico son un claro reflejo de esto: Francis Drake dedicó sus primeros años al asalto como pirata (1563) de buques y poblaciones, preferentemente portuguesas, en África Occidental al objeto de vender a sus tripulantes y habitantes como esclavos a los españoles en México. Tras un encuentro naval en el que la armada española hundió dos de sus buques, solicitó de la reina Isabel I de Inglaterra permiso para saquear las posesiones españolas, a lo que la reina accedió, convirtiéndose por tanto en corsario (1573). Finalmente, ocupó (entre otros) el cargo de vicealmirante (1588). La vida de este personaje sintetiza las tres distintas visiones que se pueden tener del fenómeno en función de las circunstancias: sus acciones eran básicamente las mismas, pero se desarrollaron en unas circunstancias muy distintas, siendo considerado en un primer lugar como delincuente, posteriormente como aliado y, finalmente, oficial de la armada. Naturalmente, desde el punto de vista español y portugués, *Draque* fue siempre un pirata, por lo que probablemente nos hallemos ante un problema más moral que jurídico.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: LIÇÕES DO DIREITO ROMANO PARA A FISCALIDADE CONTEMPORÂNEA

Ability to pay: lessons from Roman law to contemporary taxation

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
Universidade Federal do Ceará (Brasil)

Resumo: Havia, no Direito Romano, institutos jurídicos importantes de Direito Tributário, os quais contemplavam a necessidade de respeito à capacidade contributiva, com a preservação do mínimo existencial e a concessão de moratórias em casos de calamidades públicas. Entretanto, a falta de instituições de Direito Constitucional destinadas a limitar o exercício do poder de tributar, notadamente no período imperial, aliada ao aumento da burocracia e dos exércitos, levou ao crescimento descontrolado das despesas públicas e, por conseguinte, da carga tributária necessária a honrá-la. Em virtude da curva da Laffer, referido aumento da carga tributária não implicou aumento de arrecadação, mas o crescimento da evasão fiscal, formando-se um círculo vicioso que contribuiu decisivamente para a queda do império.

Palavras-chave: Capacidade contributiva. Evasão fiscal. Despesa pública. Curva de Laffer.

Abstract: In Roman Law, Tax Law had developed legal institutes to respect ability to pay principle and to charge taxpayers in bearable levels. However, the lack of constitutional law institutions designed to limit the exercise of the power to tax, notably in the imperial period, coupled with an increase in bureaucracy and armies, has led to uncontrolled growth in public expenditure and thus the necessary increase in tax burden. Due to the Laffer curve, this increase in the tax burden did not imply an increase in tax collection, but the growth of tax evasion, forming a vicious circle that contributed decisively to the fall of the empire.

Keywords: Ability to pay principle. Tax evasion. Public expenditure. Laffer curve.

SUMÁRIO: Introdução. I.–Capacidade contributiva: conceito e relações com a igualdade. II.–Capacidade contributiva no Direito Romano. III.–Crescimento descontrolado das despesas, Curva de Laffer e derrocada do Império. IV.–A contribuição dos modernos. V. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Observa-se, entre os que se dedicam ao Direito Romano, grande atenção às instituições de direito privado. Pesquisadores do Direito Civil, em suas mais diversas ramificações, não raro desaguam no Direito Romano quando buscam os fundamentos históricos de institutos como o casamento, o contrato, a responsabilidade extracontratual, ou o testamento. No âmbito do Direito Público referido exame dá-se em menor frequência¹, talvez pela circunstância de se acreditar que somente com as revoluções burguesas havidas entre o final da Idade Média e o início da Idade Moderna seus institutos teriam, aos poucos, tomado as formas pelas quais são atualmente conhecidos.

Sem retirar a importância das instituições jurídicas de direito público surgidas com o advento das referidas revoluções (pelo contrário, ver-se-á por que fizeram-se importantes), este trabalho examina específico aspecto da fiscalidade romana, e de seu disciplinamento jurídico, com a finalidade de extrair, da rica e vasta experiência havida no período de cerca de treze séculos, exemplos a serem repetidos, ou, mais importante, a serem evitados, notadamente no que tange ao *princípio da capacidade contributiva*.

I. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: CONCEITO E RELAÇÕES COM A IGUALDADE

Entende-se por «princípio da capacidade contributiva» aquele segundo o qual os tributos, mais especificamente os impostos, devem ser graduados con-

¹ O que não quer dizer que não existam, naturalmente. São apenas, como se disse, menos frequentes. Cite-se, por exemplo: BUJÁN, Antonio Fernández de. «Principios tributarios: una visión desde el Derecho Romano. *Ius fiscale*: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano», MARTÍNEZ, Juan Arrieta; YURRITA, Miguel Ángel Collado; PÉREZ, Juan Zornoza, *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, t. I; CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro, *Notas sobre a história dos impostos em direito romano*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ano LXVI, 1971, p. 103; LÓPEZ-RENDO, Carmen, De la vicesima hereditarium al impuesto sucesorio en el derecho español. *Revista internacional de derecho romano*. Abril 2015. Disponível em www.ridrom.uclm.es, acesso em 24.11.2016, p. 190; WILLEMS, Pierre, *Le Droit Public Romain – ou les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien*. 5.ed. Paris: Louvain, 1883, p. 485.

forme a riqueza manifestada por quem a eles se submete. Quanto maior a riqueza, maior o valor devido, e vice-versa.

Há sofisticções e detalhes no disciplinamento da cobrança de tributos conforme a capacidade contributiva, que passam pela questão de saber se deve ser considerada a capacidade econômica (existência de riqueza²), ou a financeira (existência de meios de pagamento), por exemplo, mas não se pretende examiná-los aqui³. O relevante é determinar que a tributação deve levar em conta a aptidão dos contribuintes para suportá-la, sendo, no caso dos impostos⁴, graduada conforme essa capacidade.

Não é raro associar-se a capacidade contributiva à própria ideia de igualdade, às vezes confundindo-se mesmo uma e outra, no que tange à tributação⁵. A tributação conforme a capacidade contributiva seria, nessa ordem de ideias, consequência da aplicação do princípio da igualdade, consistindo em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, medida esta que seria justamente a capacidade econômica para contribuir. Se se estiver cogitando de tributos com função puramente arrecadatória, ou fiscal, o paralelo é perfeito. O mesmo não se dá em relação ao uso extrafiscal do tributo, com propósitos interventivos, regulatórios ou, mais precisamente, indutores de comportamento. Nesse caso, o critério da desigualdade não será a capacidade contributiva, mas aspectos outros, ligados à indução pretendida. No caso de tributo extrafiscal com a finalidade de desestimular o consumo de produtos nocivos, por exemplo, o critério de discriminação –ou a medida da desigualdade– será a nocividade ou a essencialidade do produto tributado, não a capacidade econômica para contribuir de quem o produz, comercializa ou consome.

A necessidade de respeito à capacidade contributiva não é criação dos romanos, sendo possível identificar manifestações do princípio em povos mais antigos, a exemplo dos gregos, com Aristides, e a própria ideia de justiça dis-

² Alguém pode possuir muitas casas, por exemplo, mas não dispor de numerário, no momento da cobrança, para efetuar o pagamento. Diz-se então que dispõe de capacidade econômica, mas não de capacidade financeira.

³ Veja-se, a propósito: MACHADO, Hugo de Brito, *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 71 y ss.

⁴ Taxas não podem ser graduadas conforme a capacidade econômica de quem as paga, sob pena de assim se transformarem em impostos. Mas isso não significa que o princípio não lhes tenha pertinência alguma: no caso de serviços públicos essenciais, cujo uso é fato gerador do dever de pagar taxas, não raro a ausência de capacidade contributiva, por parte do usuário, é motivo para a concessão de isenções, o que não deixa de ser uma manifestação do aludido princípio.

⁵ Baleeiro o faz, mas mais propriamente reporta-se à justiça, quando escreve: «na consciência contemporânea de todos os povos civilizados, a justiça do imposto confunde-se com a adequação deste ao princípio da capacidade contributiva.» BALEEIRO, Aliomar, *Uma introdução à ciência das finanças*. 17.ed. atualização de Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 346.

tributiva aristotélica, refletida na noção de igualdade substancial⁶. Mas a civilização romana fornece exemplos de como esse princípio foi tratado na prática e, mais importante, testemunhos das consequências de seu desrespeito, os quais servem de lição à contemporaneidade.

II. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO ROMANO

Embora sempre tenham sido cobrados tributos, onde quer que tenha surgido um agrupamento humano com o exercício do poder político⁷, houve momentos da história em que as riquezas de que o poder público necessitava eram obtidas precipuamente de outras maneiras. Assim, embora a todo momento presente, o tributo nem sempre ocupou posição de destaque no financiamento da máquina pública, diversamente do que ocorre no contexto do Estado Fiscal contemporâneo.

Era o caso de Roma, durante o período republicano. Havia tributos, incidentes sobre o comércio, por exemplo, mas o exército, principal fonte de gastos, era na época composto basicamente de homens livres, que serviam por um ano de maneira gratuita. Pode-se identificar, também nesse período, algo assemelhado ao que depois ficou conhecido como princípio da legalidade, porquanto assembleias populares decidiam a respeito de questões tributárias⁸. Posteriormente, no período imperial, isso foi se modificando, pois embora o Senado pudesse estabelecer impostos, essa atribuição foi gradualmente transferida ao imperador. Ainda se poderia cogitar de algum limite à fixação de tributos, com o crescimento do império, pois os administradores das províncias só poderiam criar novos tributos locais se autorizados pelo imperador, mas isso representava uma limitação ao poder dos administradores, não do imperador. O fato, porém, é que com o crescimento do império, agigantaram-se também os poderes do imperador, com reflexos sobre a tributação e sobre a limitação a ela representada pela necessidade de respeito à capacidade contributiva.

⁶ ADAMS, Charles Adams, *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. Oxford: Madison Books, 1999, p. 60.

⁷ No dizer de Baleeiro, o tributo é «a vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antiguidade até hoje, excluem qualquer dúvida». BALEEIRO, Aliomar, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 1. Charles Adams, em termos semelhantes, afirma: «there is no known civilization that did not tax.» ADAMS, Charles, *For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization*. 2. ed. New York: Madison Books, 2001, p. 1. Precisamente por isso, diz-se que o surgimento do tributo precede, e muito, o nascimento do Direito Tributário: Cf. COLLET, Martin, *Droit Fiscal*. 6. ed. Paris: PUF, 2007, p. 2.

⁸ ADAMS, Charles Adams, *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. Oxford: Madison Books, 1999, pp. 79 y ss.

Como dito, a necessidade de respeito à capacidade contributiva não era ignorada entre os romanos. No Código de Justiniano, por exemplo, consta que «as cargas públicas devem ser suportadas na proporção das fortunas»⁹, representação perfeita do que preconiza o aludido princípio.

A revelar a íntima relação entre capacidade contributiva e igualdade, no que tange a tributos com função arrecadatória, também o Código de Justiniano contém a remissão de que «o presidente da província não consentirá que, aliviando-se outros, sejam gravados com cargos civis excedendo o limite dos gastos, mas se guardará ordem de igualdade»¹⁰.

Seguindo a ideia, anteriormente mencionada, de que no período imperial a forma da tributação passou a depender mais e mais das determinações do imperador, há relato de que Tibério, diante do pedido vindo do administrador de uma das províncias do império para que se lhe autorizasse o aumento de tributos, teria respondido «tosquie minhas ovelhas, não as despele vivas»¹¹.

Ainda no contexto de respeito à capacidade contributiva, merece registro a presença, entre os romanos, da figura da moratória. Como se sabe, trata-se da concessão de maior prazo para o pagamento do tributo, eventualmente de forma parcelada. Sua utilidade é marcante quando, por razões circunstanciais ou imprevistas, um tributo, devido pela presença em tese da capacidade contributiva, não tem como ser pago pela falta dessa capacidade de maneira concreta e inesperada. É o que se dá, por exemplo, em razão de calamidades, ou de intempéries, como por exemplo se prevê no art. 152 do Código Tributário Nacional, no Brasil¹². Em Roma já havia moratórias assim, praticamente nos mesmos moldes, como se percebe do Edito de Adriano, constante do Papiro de Oslo de 786, no qual consta:

«Una vez que fui informado que este año, nuevamente, como el año pasado, la inundación del Nilo fue insuficiente e incompleta (...) entendí necesario

⁹ «*Civilia munera per ordinem pro modo fortunarum sustinenda sunt.*» (C. 10.42.1).

¹⁰ «*Non videtur abhorrere ratione sententia, qua praeses provinciae equos curules alere non personarum, sed patrimonii esse decrevit. Et tamen si iniqua esset, omissa a te appellationis auxilio necessario permanet*» (C.10.42.4).

¹¹ Cf. SÜETONIUS, *The Lives of the Caesars*, Bk. III, ch. XXXII, vol. I, trans. John Rolfe. London: Loeb Classics, 1979, p. 341.

¹² Art. 152. A moratória somente pode ser concedida: I – em caráter geral: a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira; b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado; II – em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior. Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

conceder una caridad a los agricultores (...) ¡Que la buena fortuna aparezca! Sean que el dinero de los impuestos debidos para este año debe ser distribuido en cinco pagos anuales... Se permite el modo de pago semi-anual para aquellos que deseen hacerlo»¹³.

O problema, como tais exemplos começam já a indicar, é que o respeito à capacidade contributiva, com a moderação no tosquiar das ovelhas, e a concessão de moratórias, dependia da sabedoria, da razoabilidade e do comedimento da pessoa do imperador. Não havia limites pré-estabelecidos, e uma separação de poderes ou funções, ou qualquer outro arranjo institucional capaz de conter a vontade imperial, quando esta se orientasse no sentido de majorar a carga tributária.

Por outro lado, e aqui se tem outra lição a ser aprendida com os erros do passado, houve, sobretudo a partir de Diocleciano, aumento significativo no gasto público, o que pressionou um aumento na arrecadação. Tais pressões, aliadas à ausência de limitações jurídicas ao exercício do poder de tributar, levaram a uma crise fiscal que talvez tenha contribuído fortemente para a própria queda do império.

III. CRESCIMENTO DESCONTROLADO DAS DESPESAS, CURVA DE LAFFER E DERROCADADA DO IMPÉRIO

Sabe-se que, durante o período imperial, a expansão – e, em seguida, a manutenção – das fronteiras implicou aumento exponencial dos exércitos romanos e, por conseguinte, das despesas a tanto necessárias. Notadamente a partir de Diocleciano¹⁴ (imperador de 284 d. C a 305 d. C). Para honrar as despesas crescentes, seguiram-se consideráveis aumentos de impostos, sucedidos por acontecimentos que merecem nossa atenção.

Como o principal meio de produção de riqueza era a terra, o aumento do tributo sobre esta, e sobre a produção dela diretamente decorrente, fez com que alguns produtores simplesmente abandonassem suas fazendas, por não suportarem os tributos sobre elas incidentes¹⁵. Criou-se então, para contornar o pro-

¹³ Edito de Adriano (135 d. C) a Egipto (Papiro de Oslo 786). Tradução livre.

¹⁴ «Diocletian's reforms had made Rome strong. The army's strength had doubled and doubled again, but so had the revenue demands of the state. As tax demands increased to support the monstrous bureaucracy, the natural instinct in men to avoid heavy taxation moved the economy of Rome into the direction of tax evasion.» ADAMS, Charles Adams. *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. Oxford: Madison Books, 1999, p. 121.

¹⁵ ADAMS, Charles Adams, *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. Oxford: Madison Books, 1999, p. 121.

blema gerado por tais terras abandonadas, uma «responsabilidade tributária solidária» para que os proprietários vizinhos respondessem pelos tributos devidos por aqueles que tinham deixado suas fazendas¹⁶. Tudo isso levou a que pequenos proprietários terminassem sendo compelidos a vender suas terras a grandes proprietários, passando a trabalhar para eles: conseguiriam assim o mesmo sustento, mas sem os ônus tributários, que passariam a ser suportados pelos seus senhores. Estes, por sua vez, dotados de maior poder econômico (e, não raro, também da influência política a ele associada), teriam melhores condições de negociar com as autoridades fiscais meios para não se sujeitarem a ônus tributários tão pesados, obtendo assim anistias, remissões e moratórias, estas últimas não mais fruto do respeito à perda de capacidade contributiva decorrente de secas ou enchentes, mas da influência junto às autoridades dotadas de poder decisório.

Emergiram então, naturalmente, os efeitos da ideia subjacente à conhecida «Curva de Laffer»: *quanto maior o ônus representado por um tributo, maior a tendência dos contribuintes a tentarem escapar dele, por meios lícitos ou ilícitos*¹⁷. Daí, com o aumento da tributação, houve incremento da evasão fiscal, e da corrupção. Como cada majoração de tributos, por tais motivos, não conduzia ao esperado aumento na arrecadação, a solução encontrada passou a ser aumentar ainda mais os tributos, incrementando drasticamente o círculo vicioso. Ao cabo, significativa parcela da riqueza passou a ser drenada por grandes sonegadores, e pelas autoridades corruptas com eles coniventes. E o Império começou a implodir.

Juliano (Imperador de 361 a 363 d. C) ainda tentou reverter o ciclo, racionalizando gastos e reduzindo tributos, a mostrar que austeridade e responsabilidade fiscal não deveriam ser vistas como algo de cunho ideológico, recente fruto de um «capitalismo» tido por alguns como culpado por tudo que de ruim há no Universo (à semelhança de certos religiosos, que por igual põem em «satanás» a responsabilidade por todas as mazelas do mundo). E talvez Juliano tivesse conseguido salvar o Império, não fosse a sua morte apenas dois anos depois de assumir o poder, o que levou à retomada dos gastos descontrolados,

¹⁶ No Brasil, até hoje se fazem coisas semelhantes, com suposto amparo no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, na responsabilização de «pessoas ligadas» ao contribuinte por suposto «interesse comum» (v.g., por serem da mesma família).

¹⁷ Na definição de enciclopédia britânica, «Laffer drew the famous Laffer curve, which showed that, starting from a zero tax rate, increases in tax rates will increase the government's tax revenue but that, at some point, when the rates become high enough, further increases in tax rates will decrease revenue. This occurs because higher tax rates become strong disincentives against earning (and/or declaring) taxable income.». Disponível em <https://www.britannica.com/biography/Arthur-Laffer/ref244223>, acesso em 28 de junho de 2019.

e de novos aumentos de tributos com a finalidade de cobri-los. Inflação, corrupção e sonegação foram consequências naturais, e, por elas, o Império foi devorado de dentro para fora¹⁸. As invasões bárbaras, nesse contexto, figuraram como mera consequência, a exemplo das infecções oportunistas –inofensivas em alguém saudável– que terminam levando à morte alguém cujo sistema imunológico encontra-se previamente debilitado por outras causas.

IV. A CONTRIBUIÇÃO DOS MODERNOS

Como observa Murillo¹⁹, uma das várias contribuições que o estudo do Direito Romano fornece à contemporaneidade reside no aprendizado com as experiências passadas. Não só com as que funcionaram, ou deram certo, mas especialmente com as malsucedidas, a fim de que não se repitam os mesmos erros. No lento e gradual processo de tentativa e erro pelo qual passam as instituições humanas, é fundamental a preservação da memória e o estudo de eventos passados, para que haja efetivo aprimoramento, e não a repetição de equívocos que poderiam ser evitados porque já registrados. Especificamente na Antiguidade Romana, tem-se treze séculos de experiência jurídica, nos quais as mais diversas instituições foram criadas e testadas.

É o caso, como se percebe, do desrespeito à capacidade econômica dos contribuintes, no âmbito da tributação, e do descontrole da despesa pública. Os efeitos nefastos de tais erros estão fartamente documentados, e foram capazes de produzir estrago que os maiores exércitos da época não conseguiram, que foi o de contribuir decisivamente para a derrubada do maior império até então existente²⁰.

Na sequência, em virtude dessa deficiência, a grande contribuição dos modernos, realmente, foi a de aperfeiçoar institutos destinados a minimizar os efeitos da chamada «tríplice função» achar-se concentrada em uma das partes da relação jurídica. Em outros termos, o Direito Tributário, diferentemente do sucessório, ou do contratual, tem em uma das partes da relação, o Poder Público,

¹⁸ ADAMS, Charles Adams, *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. Oxford: Madison Books, 1999, p. 119.

¹⁹ MURILLO, Alfonso, *¿Para qué sirve el Derecho Romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*. Santiago de Compostela: Andavira, 2018, *passim*.

²⁰ Registre-se que o império, enquanto organização política, caiu; a civilização e a cultura romanas, não. Estão presentes até hoje, na Europa e em diversas outras partes do mundo, como na América Latina. A civilização egípcia, e a asteca, por exemplo, podem ter acabado, a romana, ao revés, se acha presente, na atualidade, na língua falada em Portugal, na Espanha, na Itália, na Romênia, na França, e em toda a América Latina. E, de igual forma, nos institutos jurídicos presentes nesses países. ADAMS, Charles, *For good and evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2.ed. New York: Madison Books, 2001, p. 120.

concentradas as funções de elaborar a regra que disciplinará a relação, regulamentá-la e aplicá-la, e, posteriormente, julgar os conflitos decorrentes dessa aplicação. Referida concentração mina a própria juridicidade da relação tributária, aproximando-a, como se viu na Antiguidade, de uma mera relação de poder. Daí porque excessos precisamente na cobrança de tributos levaram à criação ou ao aperfeiçoamento de institutos como a separação de poderes, a legalidade e a irretroatividade, em textos constitucionais rígidos destinados a garanti-los.

Realmente, não há como fazer com que o governante se submeta às regras de conduta se ele mesmo as elabora, aplica, e julga eventuais conflitos decorrentes dessa aplicação²¹. E menos ainda se puder alterá-las de forma retroativa em seu próprio benefício. Em um cenário assim, ele, o governante, provavelmente não faria regras com as quais discordasse, não as aplicaria quando isso não o interessasse, jamais reconhecera o próprio erro quando da apreciação de conflitos nos quais estivesse envolvido; e, em último caso, alteraria a regra de forma retroativa para dar juridicidade àqueles seus lapsos que não tivesse como de outra forma tangenciar ou negar²². Daí a necessidade de normas jurídicas a estabelecer a separação de poderes, a legalidade e a irretroatividade, situadas em um plano que o próprio elaborador de normas não pode, ordinariamente, alterar.

O surgimento de tais institutos deu-se em um longo processo de tentativa e erro. Não houve um momento iluminado no qual do nada surgiram ideias –até então inteiramente desconhecidas– destinadas a limitar o poder político, as quais, a partir de então, teriam passado a ser adotadas eficazmente em todos os lugares. Aliás, não há divisões assim na realidade, seja ela natural, histórica ou cultural²³ (com exceção, talvez, apenas de algumas entidades ideais²⁴).

²¹ Confira-se, a propósito, MARINS, James, *Defesa e vulnerabilidade do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2009, *passim*. Por isso mesmo, James Madison escreveu, nos *Federalist Papers*: «No political truth is certainly of greater intrinsic value, or is stamped with the authority of more enlightened patrons of liberty, than that on which the objection is founded. The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.» HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James, *The federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, n. 47, p. 249.

²² O que motiva a observação de Hans Gribnau, para quem a irretroatividade tem cheiro de coisas que não são boas. Em suas palavras, «we breathe in the typical odour of retroactivity: to cheat, to play a trick on the rule of law, to recede from a decision, which may lead to frustrated prospects and plans, financial losses, diminished trust in government etc.» GRIBNAU, Hans, Legal certainty: a matter of principle. In: GRIBNAU, Hans; PAUWELS, Melvin (Ed.), *Retroactivity of tax legislation*. European Association of Tax Law Professors and authors. 2013, p. 69.

²³ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 37; SHAPIRO, Stewart. *Vagueness in context*. Oxford: Clarendon Press, 2006, pp. 196 y ss.

²⁴ Com exceção, talvez, das realidades *ideais*, como as formas geométricas e os números. Veja-se, a propósito: DEEMTER, Kees Van, *Not exactly*. In Praise of vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9 e 117.

Como visto, o exame da história das instituições jurídicas, notadamente daquelas afetas ao chamado Direito Público, mostra que, antes das revoluções que culminaram com a implantação de tais institutos na maior parte do mundo ocidental, havia regras destinadas a disciplinar a atuação do Poder Público. Em matéria tributária, por exemplo, existiam disposições normativas a estabelecer como, e até que ponto, poderiam ser cobrados os tributos. Em certos momentos se protegia a capacidade contributiva, o mínimo existencial etc. Até porque o governante, independentemente do que disponham as regras jurídicas a que esteja eventualmente estabelecido, precisa de um mínimo de legitimidade para manter sua posição²⁵, legitimidade que será perdida se adotar comportamento amplamente reprovado pela população submetida ao seu poder.

O estudo da tributação na Antiguidade Romana revela, portanto, que já existiam, ali, os principais institutos de Direito Tributário. O estudo do Direito Romano, para o Direito Tributário, pode ser tão proveitoso quanto o é para o Direito Privado, algo a ser ainda mais amplamente explorado pelos tributaristas. O problema, naquela época, era que o respeito a tais institutos dependia, em larga medida, sobretudo no período Imperial, da vontade do Imperador, que às vezes tinha todo o interesse em não os respeitar. Homens que a História reconhece como razoáveis e justos, como Augusto, Trajano e Juliano, os observavam e aperfeiçoavam. Mas outros não, como Caracala, tendo algum espaço para ignorá-los. O que as revoluções havidas entre o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna trouxeram à humanidade não foram instituições de Direito Tributário, que de algum modo já existiam. Foram instituições de Direito Constitucional, que nasceram (ou foram consideravelmente aprimoradas) para tornar efetivas as de Direito Tributário, porquanto destinadas a minimizar os efeitos deletérios de a *tríplice função* de elaborar regras, aplicá-las, e julgar os conflitos decorrentes de sua aplicação, centralizar-se na figura da parte interessada da relação jurídica. O que se fez nas Cortes de León, durante o reinado de Alfonso IX (1188)²⁶, e, depois, na Magna Carta (1215), e em todas as revoluções que se sucederam (Gloriosa, Francesa, Americana etc.), foi criar mecanismos de freios e contrapesos que, conquanto ainda insuficientes, são melhores do que nada, destinados a fazer com que o respeito aos princípios do Direito Tributário não dependa apenas da vontade do governante de cada momento. Não por outro motivo eram questões tributárias que subjaziam a todas essas revoluções.

²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold, *Introdução ao Estudo do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 131.

²⁶ GEA, Francisco García-Fresneda, *Separación de poderes y reserva de Ley tributária*. Fundamentos teóricos y análisis crítico. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos. 2016, p. 50.

V. CONCLUSÕES

Diz-se que o conhecimento da História permite evitar a repetição dos erros do passado. O longo processo de tentativa e erro pelo qual passam as construções culturais, por meio dele aprimoradas, é tanto mais eficiente quanto melhor se conhecerem os erros em que incorreram as tentativas anteriores. Daí a essencialidade da História. Mas se só alguns conhecerem a História e os erros já cometidos ao longo dos tempos, estarão condenados à tragédia de assistir, sem poder fazer nada, a que todos os demais os repitam seguidamente. Uma boa lembrança em um momento em que se discute, em todo o mundo, temas ligados à austeridade fiscal e ao controle dos gastos públicos.

O exemplo romano nos ensina que o respeito à capacidade contributiva, levado a efeito por um sistema tributário o mais neutro possível, equânime, sem favores e concessões, e por igual sem excessos, é vital ao florescimento da atividade econômica da qual todos dependem, desígnio tanto mais factível quanto mais se limitam os poderes dos que instituem os tributos (e dos que criam desonerações). Uma carga não excessiva é essencial, ainda, a que não se estimule a corrupção, a evasão e a criação suspeita de favores direcionados, e, com elas, ao desvio dos recursos públicos a finalidades não convergentes com os interesses da coletividade. Em suma, tais experiências mostram que uma carga tributária exagerada sobre os menos favorecidos, e complacente com os mais abastados, repleta de exceções e de diferenciações injustificadas, além de injusta, leva à ruína de todo o sistema, sendo importante que estejam juridicamente fora do alcance do legislador –ou em zona de alcance mais difícil– os limites destinados a evitar que isso aconteça.

REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO ROMANÍSTICO DEL TRATO NACIONAL DEL EXTRANJERO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE AMÉRICA DEL SUR

*Reflections on the romanistic foundation of national treatment in the Civil
Codes of South American countries*

ELVIRA MÉNDEZ CHANG¹

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Desde la ley de las XII Tablas, el *peregrinus* (extranjero) participó en el sistema jurídico romano en un plano de igualdad (*pari iure*) al *civis romanus* (ciudadano romano) en el *ius gentium*. La *Constitutio Antoniniana* del 212 d. C. no modificó este tratamiento. Este es el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero que se encuentra en los principales Códigos Civiles de América del Sur: Argentina, Brasil, Chile y Perú.

Palabras clave: trato nacional, *peregrinus*, *ius gentium*, *civis romanus*, *pari iure*, hostilidad natural, Derecho Romano, extranjero, ciudadano, Código Civil, América del Sur.

Abstract: From law of the XII Tables, the *peregrinus* (foreigner) had a national treatment in Roman law and was considered *pari iure* to the *civis romanus* (Roman citizen) in the *ius gentium*. The *Constitutio Antoniniana* (212 A.D.) did not modify this treatment. This is the romanistic foundation of national treatment found in the main Civil Codes of South America: Argentina, Brazil, Chile and Peru.

Keywords: national treatment, *peregrinus*, *ius gentium*, *civis romanus*, *pari iure*, natural hostility, Roman law, foreigner, citizen, Civil Code, South America.

¹ Profesora ordinaria principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–La igualdad de trato en el Derecho Romano. II.1–El extranjero (*peregrinus*). II.2–El tratamiento del *peregrinus* en el Derecho Romano. II.2.1–La Teoría de la Hostilidad Natural. II.2.2–La incorporación del *peregrinus* en el sistema jurídico romano. III.–La igualdad de trato del extranjero en las codificaciones sudamericanas. III.1–Argentina. III.2–Brasil. III.3–Chile. III.4–Perú. IV.–Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la movilidad de los seres humanos en el mundo ha ido en aumento, sea por decisiones personales (como realizar turismo o aceptar oportunidades de estudio o trabajo) o por eventos que los obligan a dejar su lugar de origen para trasladarse a diversos Estados en busca de una mayor protección de sus derechos fundamentales, vivir en paz y alcanzar el bienestar. Aunque estuvo inicialmente orientada del Sur hacia el Norte del planeta, se ha intensificado la migración Sur-Sur; un ejemplo reciente es el éxodo venezolano a varios países de América del Sur. Esto último ha generado problemas y retos en diversos países.

Si bien existen algunas instituciones de protección al individuo como el asilo y el refugio en el Derecho Internacional, cuando las personas naturales llegan a los territorios de Estados se encuentran sometidas a los ordenamientos nacionales en los que se establecen cómo serán tratadas y cuáles serán sus derechos. Teniendo en consideración algunas posiciones de los Estados sobre el tratamiento de los extranjeros, podríamos establecer las siguientes: algunos les reconocen estos derechos bajo condición de reciprocidad, otros se los otorgan limitadamente y existen ordenamientos jurídicos que les dan una igualdad de trato respecto al nacional.

En nuestro continente, la migración no es un fenómeno reciente. Desde hace siglos, se ha producido un movimiento migratorio hacia América del Sur, donde varios países han abierto sus puertas a las personas foráneas para acogerlas. Frente a la presencia de numerosos extranjeros en su territorio, los Estados americanos meridionales han dado una respuesta constante y consistente que se encuentra en sus principales codificaciones civiles republicanas: brindan una igualdad de trato al extranjero en cuanto a sus derechos civiles. A partir de ello, surge la siguiente pregunta: ¿por qué los principales códigos civiles de América del Sur han adoptado esta igualdad de trato?

Frente a esta interrogante, en este artículo se plantea como respuesta que el trato nacional del extranjero tiene como fundamento jurídico el Derecho

Romano, que es la base común de los derechos internos latinoamericanos. Para sustentar esta posición, hay que tener en cuenta que, desde los mitos sobre la fundación de la ciudad de Roma, hubo una posición de apertura y acogida al foráneo. En efecto, las normas del sistema jurídico romano se le aplicaron al extranjero ya que hay disposiciones de la Ley de las XII Tablas que así lo confirman; es decir, no hubo una hostilidad natural ni una actitud xenofóbica frente a los extranjeros (*peregrini*) por parte de los romanos. Con el transcurso de los siglos, el *peregrinus* contó con un tratamiento basado en el *ius gentium* y con una protección jurídica a cargo del *praetor peregrinus* que lo colocó en algunos ámbitos en una situación de igualdad (*pari iure*) al *civis romanus* (ciudadano romano).

No obstante, el extranjero no accedió a la función pública ni a varias instituciones que eran exclusivas para los ciudadanos romanos como, por ejemplo, las justas nupcias. Posteriormente, la *Constitutio Antoniniana* del 212 d. C. no modificó este tratamiento aunque, con la concesión de la ciudadanía romana a los habitantes libres del Imperio, se produjeron cambios en el concepto de *peregrinus* (extranjero) que subsistieron hasta el *Corpus Iuris Civilis*.

Con la recepción del Derecho Romano en América Latina, este fundamento romanístico del trato nacional del extranjero ha servido de base común a varios ordenamientos y se ha expresado de manera constante en los principales Códigos Civiles de los siglos XIX y XX de los Estados de América del Sur: Argentina, Brasil, Chile y Perú.

II. LA IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO ROMANO

Entre los siglos XVI al XIX, la legislación castellana se aplicó en los territorios bajo el control de España en el Nuevo Mundo. Entre las normas aplicables, se pueden destacar las Siete Partidas, compilación del siglo XIII que se basaba en el Derecho Romano. Como afirma Liliana Obregón, los actuales estudios histórico-jurídicos sobre el Derecho en Latinoamérica enfatizan que existe una continuidad en la transición entre el período colonial y el republicano en el siglo XIX; en consecuencia, los criollos desarrollaron un sistema jurídico propio y «americano» que tenía como fuentes directas el Derecho Romano y del derecho castellano². A continuación, veremos cómo era tratado el *peregrinus* (extranjero) en Roma.

² OBREGÓN, Liliana, Between Civilisation and Barbarism: Creole Interventions in International Law. *Third World Quarterly*, Vol. 27, N.º 5, julio 2006, pp. 819-821.

II.1 El extranjero (*peregrinus*)

Es necesario recordar que, desde su mítica fundación, Roma se caracterizó por ser una ciudad que abrió sus puertas a los extranjeros, quienes llegaron y se instalaron en ella; estos primeros migrantes foráneos fueron considerados ciudadanos romanos (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, 1.8)³. Con el tiempo, la migración hacia Roma no se detuvo. Por el contrario, hubo otros extranjeros que viajaron hasta el territorio romano y decidieron vivir en la ciudad; ellos desarrollaron distintas tareas y establecieron diversos vínculos con los romanos, así como relaciones comerciales. Sin embargo, a estos últimos ya no se les otorgó la ciudadanía romana.

Con el fin de determinar cuál era el tratamiento del extranjero en el Derecho Romano, en primer lugar se va a definir quién era extranjero.

Debe tenerse presente que habían varios términos que se referían a aquel que no era ciudadano romano. La clasificación de estas personas estaba basada en la relación del individuo con la ciudad (*status civitatis*)⁴; esta era establecida en contraposición con el ciudadano romano (*civis*)⁵. Entre los no ciudadanos según el *status civitatis*⁶ se encontraban: *latinus*, *peregrinus*, *hostis*, *servus*, *barbarus*.

Hay que precisar que esta clasificación del *status civitatis* distinguía al romano de aquél que no pertenecía a la *civitas*; de este modo, no estuvo fundada en criterios raciales, culturales ni otro tipo de prejuicios porque no fue una expresión de discriminación ni de xenofobia. Estas afirmaciones están sustentadas en las fuentes romanas porque, como se señala en D.1.5.2: «*Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit ...*». De este modo, se afirma que la causa de todo el derecho (*ius*) son los hombres (*homines*); es decir, todos los seres humanos, sin estar este restringido a los ciudadanos de Roma.

³ TITO LIVIO. *La historia de Roma (ab urbe condita)*, 1.8: «Había sido una antigua política de los fundadores de ciudades el reunir multitud de personas de origen oscuro y baja extracción y luego extender la ficción de que ellos eran originarios del terreno...».

⁴ «... “status civitatis” o estado público, comprende el conjunto de condiciones o cualidades, jurídicamente relevantes que se refieren a la posición del individuo respecto a una comunidad determinada». RODRÍGUEZ, José Santiago, *Elementos de Derecho Romano*. Caracas: Del Comercio, 1928. tomo I, p. 86.

⁵ MÉNDEZ CHANG, Elvira. Las Bases Romanistas frente al cambio político-económico: el principio de igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones en el Perú. *Themis – Revista de Derecho*. Lima: Segunda Época, Número 33, 1996, pp. 23-30.

⁶ Sobre esta clasificación referida al período clásico, véase D’ORS, Álvaro, Estudios sobre la Constitutio Antoniniana, III: Los peregrinos después del Edicto de Caracalla. *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español)*, Número 17, 1946. p. 586 s.; DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELI, Ángel Enrique. *Manual de Derecho Romano*. 3.^a ed. Buenos Aires, De Palma, 1982, p. 116; LAVALLETTE, Simon. *La condition des étrangers à Rome & en France, Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen*, Rouen, Espérance Caquiard, 1880, pp. 5 y ss.

Luego de revisar quiénes eran considerados no ciudadanos (*latinus, peregrinus, hostis, servus, barbarus*), se va a analizar al que más se asemeja al extranjero contemporáneo. En primer momento, fue el *hostis* y luego el *peregrinus*.

El término *hostis* es antiguo y se encuentra en la Ley de las XII Tablas (Tab. II,2; VI,3^b): significaba el extranjero que estaba pacíficamente en Roma. Posteriormente, *hostis* va a ser reemplazado por *peregrinus*. Si bien este último término no se encuentra en las fuentes correspondientes a los primeros siglos de Roma, Marco Terencio Varrón (Varr. *De l. lat.* 5.1) afirmó que el *peregrinus* fue establecido para referirse al extranjero amigo en la República y, de esta manera, tomó el antiguo significado de *hostis* cuando este pasó a ser empleado para designar exclusivamente al enemigo.

En cuanto a su etimología, *peregrinus* se formó por la conjunción dos términos: *per* (a través de) y *aegre* (de *ager*, campo)⁷ porque era aquel individuo que llegó a la ciudad de Roma después de venir caminando a través del campo⁸. La elección de los términos en latín resulta adecuada y la palabra graficó con precisión al migrante extranjero que venía pacíficamente hasta Roma. Así, el *peregrinus* significó el ser humano que dejó su ciudad para establecerse en Roma luego de haber recorrido el *ager*; este caminante no estaba de paso ya que su intención era quedarse en la ciudad, habitar allí, trabajar y lograr lícitamente su sustento y el de los suyos. En consecuencia, el concepto republicano de *peregrinus* es el siguiente: el ser humano libre y no ciudadano romano que vivía en el territorio romano en el que desarrollaba sus actividades (Cic. *de off.* 1.12.37), se vinculaba pacíficamente con los romanos y otros *peregrini*⁹; no era un enemigo (Varr. *De l. lat.* 5.1) de Roma.

Sin embargo, el significado de *peregrinus* tuvo modificaciones a lo largo del tiempo. Un cambio importante se dio a partir de la *Constitutio Antoniniana* del emperador Antonino Caracalla del año 212 d. C., que otorgó ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio aunque con excepciones (*Pa-*

⁷ «Les formes *peregri, peregre* apparaissent employées de tout temps avec valeur adverbiale: «a l'étranger»... En dérivé l'adj. *peregrinus*... qui voyage à l'étranger, qui vient de l'étranger, qui concerne l'étranger... De là est sorti l'adjectif, attesté seulement à basse époque, *peregre* «qui va par de là les champs, qui voyage à l'étranger»...» ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine – Histoire des mots.* 3.^e ed. revue, corrigée et augmenté d'un index. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1951. <<*ager*>>.

⁸ *Peregrinus* significaba «el que viene a través del campo» (*per agros*), «de allende». Véase RAMOS S., César José, *Civitas Romana. Estudio Histórico sobre el Estado de Ciudadanía. Libro Homenaje a José Melich Orsini.* Caracas: Instituto de Derecho Privado – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1983, vol. 2, p. 876

⁹ MÉNDEZ CHANG, Elvira, La noción de extranjero en el Derecho Romano. *Ius et Veritas.* Lima: Año VII, N.º 12, 1996. p. 185-194.

piro Giessen 40, I,1-9)¹⁰. Esta constitución produjo un cambio importante en el concepto porque el *peregrinus* fue, en primer lugar, el habitante del territorio romano que estaba excluido de ciudadanía romana; en segundo lugar, era el extranjero que se encontraban fuera del mundo romano¹¹. Posteriormente, si bien se encuentra la palabra *peregrinus* en las fuentes jurídicas romanas, este término perdió el significado republicano y se utilizó para referirse al que vivía fuera del mundo romano, al viajero o residente ocasional¹² en territorio romano; también fue *peregrinus* quien sufrió una sanción (C.Th.4.6.3. pr.). Por ello, fue aquel excluido de la ciudadanía romana. En este último significado, se puede apreciar cómo ser *peregrinus* (extranjero) llegó a tener una connotación negativa, lo cual no sucedió en los siglos anteriores.

En cuanto a la codificación de Justiniano, se mantuvo el concepto de *peregrinus* que fue modificado a partir de la *Constitutio Antoniniana*. En el Digesto, se aceptó expresamente la amplia concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del orbe romano (D.1.5.17)¹³ sin mantener las excepciones establecidas anteriormente. Pese a que se pueden encontrar en las fuentes romanas justinianas algunas referencias al concepto republicano de *peregrinus* (C.6.24.1; C.6.24.7, C.4.63.6 y N.78.5), se subrayó su condición de extranjero a la *civitas romana*. En consecuencia, el *peregrinus* fue aquel ser humano extranjero o «externo» al Imperio Romano; era quien no habitaba el orbe romano¹⁴ o, viviendo en territorio romano, había sido privado de la ciudadanía por una sanción. En este último caso, era el ciudadano que sufrió una disminución de cabeza media (D.4.5.11)¹⁵. De esta manera, se subrayó el aspecto negativo de ser *peregrinus* en Roma.

II.2 El tratamiento del *peregrinus* en el Derecho Romano

Para determinar cuál era el tratamiento que se daba al *peregrinus* en el Derecho Roma, se analizarán los principales planteamientos doctrinarios.

¹⁰ MAROTTA, V., *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d. C). Una sintesi*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, p. 122.

¹¹ De este modo, se les conoció a estos *peregrini* como aquellos que eran «exteriores al orbe romano» o «ajenos» a la ciudad y a la ciudadanía romana: GAUDEMET, Jean, *L'étranger au Bas-Empire. Recueil de la Société Jean Bodin*. Bruselas, Editions de la Librairie Encyclopédique, 1958. IX – L'étranger, p. 211.

¹² CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 71.

¹³ D.1.5.17. ULPIANO; <Comentarios> al Edicto, XXII: «In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.»

¹⁴ WETTER, P. van. *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1909, Tomo 1, p. 138.

¹⁵ D.4.5.11: «... quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem...»

II.2.1 LA TEORÍA DE LA HOSTILIDAD NATURAL

En primer lugar, se presentará la Teoría de la Hostilidad Natural planteada por Théodore Mommsen¹⁶ y tuvo influencia en la doctrina romanista¹⁷. Esta teoría partía de la premisa que el estado originario de las relaciones entre los pueblos de la antigüedad era la guerra; es decir, los seres humanos vivían enfrentándose continuamente y los conflictos no cesaban. Como consecuencia de esta hostilidad, que resultaba siendo natural a las interacciones humanas, el ciudadano contaba con derechos y protección jurídica en la medida que se encontrara dentro del territorio de su pueblo. Si salía de este, no la tenía y estaba sujeto a las disposiciones del pueblo en cuyo territorio se encontraba, que podía tratarlo según le pareciera porque no estaba obligado a concederle ni respetar sus derechos.

Con relación a los primeros años desde la fundación de Roma, Mommsen afirmó que solamente se encontraban en su territorio los ciudadanos (que eran los patronos de los clientes) y los no-ciudadanos (quienes eran los clientes) que eran protegidos por los romanos¹⁸. La relación patrono-cliente era muy importante y debía ser honrada por ambos. Por ello, en la Ley de las XII Tablas se estableció una sanción severa para el patrono que defraudaba a su cliente: era execrado (*sacer*) según *Tab. VIII.21*¹⁹. De esta manera, se puso énfasis en que los extranjeros que se encontraban en la ciudad debían someterse a la protección de los romanos bajo la figura de clientes; es decir, los extranjeros no tenían derechos por sí mismos. Asimismo, dejó expresamente señalado que, si no estaba bajo patronato, el extranjero carecía de derechos en Roma:

«El extranjero, por el contrario, si no se ha puesto bajo el patronato de un ciudadano, no es cliente, no puede reivindicar ningún derecho; él y su haber están fuera de la ley. Cuando un ciudadano romano se apodera de su hacienda o de un

¹⁶ MOMMSEN, Théodore. *Le Droit Public Romain, Traducido del alemán por Paul Frédéric Girard*, París, Ernest Thorin, 1889, tomo 6, vol. 2, p. 215 s.

¹⁷ Algunos autores que también sostienen la Teoría de la Hostilidad Natural son: ARIAS, J. *Manual de Derecho Romano*. 2.ª ed. Buenos Aires, Kraft, 1949, p. 162; HUVELIN, P. *Études d'histoire du droit commercial Romain. (Histoire externe – Droit Maritime)*. Publicado después de la muerte del autor por Henri Lévy – Bruhl. Paris, Sirey, 1929, p. 7 s.; Lévy – Bruhl, Henri. *La condition du Romain à l'étranger. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Bologna e Roma 17 – 27 abril 1933). Istituto di Studi Romani, Pavia, 1935. vol. 2 (Roma), p. 471-493; KASER, M. *Storia del Diritto Romano. Traducción de Remo Martini de la 2.ª ed. (1967) del Romische Rechtsgeschichte*. Milano, Cisalpino – Goliardica, 1977, p. 139 y ss.

¹⁸ MOMMSEN, Teodoro, *Historia de Roma*. Nueva edición completa en un volumen. Buenos Aires, Joaquín Gil – Editor, 1960. p. 47.

¹⁹ *Tab. VIII.21: «Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto».*

objeto que le pertenece, es como si hubiera cogido un marisco sin dueño en la ribera del mar.»²⁰

Lo planteado por Mommsen ilustra su posición frente al extranjero en el Derecho Romano: el *peregrinus* carecía de derechos, sus cosas (*res*) eran consideradas *res nullius* (sin dueño) y cualquier romano podría apoderarse de ellas sin cometer un delito a través de la ocupación²¹. Como se puede apreciar, según esta teoría los extranjeros se encontraban desprotegidos jurídicamente y, frente a los ciudadanos romanos, eran tratados de manera desigual y discriminada.

No obstante, se podía dar el supuesto que su pueblo haya suscrito un *foedus* (tratado) con Roma; si así fuese, los derechos y la protección reconocidos al *peregrinus* eran aquellos dados en ese acuerdo, como lo expresó Mommsen:

«Le non-citoyen ne peut rester en justice à Rome qu'en vertu d'un traité ... L'ancien langage technique désigne par le mot hostis... le citoyen d'un État allié protégé par une convention d'amitié, tandis que la même dénomination peut aussi être attribuée, après la rupture du traité, à l'hôte transformé en ennemi ... L'hostis au premier sens/ est remplacé plus tard ... par le peregrinus, c'est-à-dire par «l'étranger» qui appartient à un État en traité avec Rome.»²²

Como se puede apreciar, los pueblos celebraban acuerdos (*foedera*) y en ellos se podían establecer los derechos que se concedían a los extranjeros. Por su parte, el *peregrinus* (extranjero) no podía exigir el reconocimiento de un derecho o la protección jurídica que no hubiese sido pactado en un *foedus*.

De este modo, la Teoría de la Hostilidad Natural sostuvo que regla general era que el extranjero (*hostis*, luego *peregrinus*) no tenía derechos protegidos fuera de su pueblo de origen y, por ende, se encontraba en una situación de vulnerabilidad y sin derechos en Roma.

II.2.2 LA INCORPORACIÓN DEL *PEREGRINUS* EN EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO

Frente a la Teoría de la Hostilidad Natural, se planteó que el *peregrinus* estaba incorporado en el sistema jurídico romano y se cuestionó la premisa porque los pueblos en la antigüedad no habían vivido en estado de guerra permanentemente. El fundamento de esta posición era que varias fuentes romanas permitían afirmar que existieron vínculos entre los pueblos cuya base era la amistad y la paz, sin que ello estuviera sustentado en un *foedus* (tratado).

²⁰ MOMMSEN, *Historia*, op. cit., p. 74 s.

²¹ Gai., 2.66: «... naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelu capiuntur».

²² MOMMSEN, *Le Droit*, op. cit., vol. 2, p. 215 s.

Como estas relaciones entre los pueblos no eran hostiles, los extranjeros (*peregrini*) tuvieron derechos y obligaciones en el territorio romano, aunque no se hayan celebrado *foedera* (tratados) entre sus pueblos. Esta posición es la que fundamenta la igualdad de trato al extranjero.

Como se mencionó anteriormente, muchos extranjeros llegaron a territorio romano de manera pacífica para desarrollar sus actividades y se interrelacionaron con los ciudadanos a lo largo de los siglos. Por ello, fue necesario otorgarles derechos y protección jurídica a los *peregrini*.

Se encuentra una referencia al tratamiento dado al extranjero desde la Ley de las XII Tablas cuando éstas se refieren a *hostis* (*Tab. II,2: «status dies cum hoste»; VI,3^b: «Adversum hostem aeterna auctoritas»*); recordemos que en los primeros siglos de Roma no se encontraba el término *peregrinus* en las fuentes (*Varr. De l. lat. 5.1*). Las disposiciones de la Ley de las XII Tablas antes mencionadas no fueron medidas aisladas o coyunturales; además, numerosas fuentes romanas señalan claramente que los *hostes* – que luego son los *peregrini* – participaron en el *ius* (*Festo, 314*)²³. Según Lavallette²⁴, *hostis* significaba «igual» en la antigua lengua latina y esto explicaría por qué en *Festo, 314* se dice que *hostire* viene de *aequare* (igualar, equiparar). De allí que, al decir que el extranjero era *hostis*, se subrayaba que era igual jurídicamente al otro ser humano que habitaba la ciudad: el romano. Por consiguiente, estos extranjeros (*hostes*, luego *peregrini*) eran considerados *pari iure* (iguales en el derecho) con respecto a los *cives romani*.

Hacia la mitad del siglo III a. C., se dio un paso muy importante para el tratamiento del *peregrinus*: se les aplicó el *ius gentium*, que era el derecho común a todos los pueblos según lo definió Gayo y que era parte del sistema jurídico romano (*Gai. 1.1: «... el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres...»*²⁵; también en D.1.1.9²⁶ e I.1.2.2). Además, se les dio protección jurisdiccional a los extran-

²³ *Festo, 314: «Status dies <cum hoste> vocatur qui iudice causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare».*

²⁴ LAVALLETTE, *op. cit.*, p. 6.

²⁵ *Gai. 1.1: «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur...».*

²⁶ D.1.1.9 (Gayo, *Instituciones*, libro I): «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur».

jeros gracias a la creación de un magistrado romano llamado *praetor peregrinus*, quien intervenía cuando alguna de las partes de una controversia era extranjera: «...*quod inter peregrinos ius dicebat...*» (D.1.2.2.28)²⁷. También tenía jurisdicción sobre disputas entre el *peregrinus* y el ciudadano romano²⁸.

A partir de lo señalado por Gayo, el *ius gentium* era el conjunto de normas e instituciones comunes que se fundaba en la *naturalis ratio* (razón natural) y se aplicaba a los seres humanos del mundo. La *naturalis ratio* era la razón universal, inmanente a la naturaleza y debía tener una observancia absoluta porque no podía ser desconocida por los pueblos²⁹; por ello, la razón civil no podía corromper los *naturalia iura* (D.4.5.8)³⁰.

Debido a que el *ius gentium* se encontraba en los derechos internos de los pueblos gracias a la *naturalis ratio*, estaba también presente en el sistema jurídico romano. Cuando los romanos reconocieron y aplicaron el *ius gentium*, como lo hizo el *praetor peregrinus* para solucionar las controversias con *peregrini* (extranjeros) que surgían en la ciudad, afirmaron claramente la existencia de un derecho común para el ser humano, sin ser relevante su ciudadanía o pertenencia a la ciudad³¹. Como consecuencia, el *ius gentium* colocó en un plano de igualdad al ciudadano romano y al *peregrinus* (extranjero), lo cual les permitió contar con derechos y obligaciones (I.1.2.2 y D.1.1.5³²).

Lo anteriormente señalado permite concluir que los *peregrini* se encontraban incorporados en el sistema jurídico romano y se les aplicaba el *ius gentium*; este último era parte del derecho que usaba el *populus romanus* (Gai. 1.1). Como el *ius gentium* no podía ser negado ni desconocido por el *ius civile* o el derecho propio de Roma (D.4.5.8), los extranjeros se

²⁷ D.1.2.2.28: «*Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*».

²⁸ Sobre la jurisdicción del *praetor peregrinus*, se sugiere revisar: SERRAO, Feliciano, Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore. *La certezza del Diritto nell'esperienza giuridica romana*. Padova, CEDAM, 1987, pp. 51-100

²⁹ Hay que tener en cuenta que Gayo no llegó a formular el significado de *naturalis ratio*.

³⁰ D.4.5.8 (Gayo; *Comentarios al Edicto Provincial*): «*Civilis ratio naturalia iura corrompere non potest*».

³¹ Sobre el *ius gentium*, véase: KASER, Max, *Ius Gentium*. Traducido por Francisco Javier Andrés Santos. Granada, Comares, 2004; MÉNDEZ CHANG, Elvira, El *ius gentium* como derecho común y su aplicación a las relaciones «internacionales» en la experiencia romana. *Revista del Magister en Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, vol. 2-3 (1998-1999), pp. 89-110, SCHIPANI, Sandro. Fundamentos romanísticos y derecho chino (Reflexiones sobre un esfuerzo común para ampliar el sistema). *Revista de Derecho Privado*, N.º 35, 2018, pp. 21-53.

³² D.1.1.5: «*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, aq̄e a iure civili introductæ sunt*».

encontraban en un plano de igualdad jurídica con los ciudadanos romanos. No obstante, subsistieron algunos derechos e instituciones exclusivos para los ciudadanos que provenían del *ius civile* (D.1.1.6.pr.) como, por ejemplo, los derechos políticos, la función pública, la *patria potestas* y las *ius-tae nuptiae*.

De esta manera, el tratamiento del *peregrinus* en el *ius gentium* como *pari iure* con el ciudadano romano es el antecedente y la base de la igualdad del tratamiento entre el nacional y el extranjero que subsiste en las codificaciones civiles de los Estados latinoamericanos, con especial referencia a los de América del Sur, y que también se proclamó a nivel internacional en la Doctrina Calvo³³.

III. LA IGUALDAD DE TRATO DEL EXTRANJERO EN LAS CODIFICACIONES SUDAMERICANAS

Antes de la independencia de las colonias latinoamericanas del Reino de España, los extranjeros contaron con derechos civiles e incluso hubo una cierta asimilación a los nacionales en el Fuero Real y las Siete Partidas³⁴. Esta herencia jurídica española tiene sus bases en el Derecho Romano.

Después de su independencia en el siglo XIX, las jóvenes repúblicas latinoamericanas incorporaron en sus constituciones³⁵ y códigos civiles el principio de la igualdad de trato entre nacional y extranjero; ello se aplicó también a aspectos económicos y comerciales, como las inversiones³⁶.

³³ En el siglo XIX, el jurista argentino Carlos Calvo afirmó que todos los Estados eran iguales para el Derecho Internacional. Asimismo, señaló que las personas eran iguales en el territorio de un Estado, por lo que su tratamiento jurídico debería reflejar esta igualdad entre nacionales y extranjeros. Estos planteamientos forman parte de la Doctrina Calvo. Para Wenhua, esta igualdad de trato es la base del trato nacional en el Derecho Internacional Económico contemporáneo. WENHUA SHAN, Is Calvo Dead? *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, N.º 1, Winter 2007, p. 162. Sobre la igualdad de trato de nacional y extranjero y la Doctrina Calvo, véase también: Bas, Magdalena, América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias? *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 13, N.º 1, 2016, p. 136; WENHUA SHAN, From «North-South Divide» to «Private-Public Debate»: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Spring 2007, vol. 27 N.º 3, p. 631; Zabalo, Patxi, América Latina ante las demandas Inversor-Estado. *Revista de Economía Mundial*, N.º 31, 2012, p. 289.

³⁴ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*. 2.ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, tomo 1, p. 72-73; Obregón, *op. cit.*, p. 819-821.

³⁵ MARICHAL, Carlos. El Nacimiento de los Estudios Internacionales sobre América Latina: Comentarios a las Obras de José María Torres Caicedo y Carlos, Calvo a mediados del Siglo XIX. *Foro Internacional* 221, julio 2015, vol. 55, N.º 3, p. 731.

³⁶ CREMADES, Bernardo M., Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues'. *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59,

A continuación, se presentará en qué términos fue recogida la igualdad de trato entre nacional y extranjero en los principales códigos civiles de los Estados sudamericanos³⁷. Se hará referencia a las codificaciones de Argentina, Brasil, Chile y Perú porque estas tuvieron un impacto en el desarrollo del derecho civil en América del Sur.

III.1 Argentina

Desde el inicio de su vida independiente, el ordenamiento jurídico de Argentina ha afirmado la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros; además, ha defendido este tratamiento que era también un principio proclamado por la Doctrina Calvo³⁸.

Desde la Constitución de la Nación de la República Argentina de 1853, que fue reformada en 1860, 1866 y 1957, se consagró el principio de igualdad de trato al extranjero. Posteriormente, este principio se mantuvo hasta la reforma de 1994. El artículo 20 de la Constitución de la Nación Argentina vigente establece que «Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...»³⁹

De esta manera, el artículo 20 establece como regla general que en territorio argentino los extranjeros⁴⁰ gozan de todos los derechos civiles de los ciudadanos; esto es, tienen los mismos derechos y se incluye la propiedad sobre sus bienes. En efecto, el goce y ejercicio de los derechos civiles se da sin discriminación por razón de la nacionalidad.

En cuanto a las codificaciones civiles en Argentina, la igualdad de trato entre nacional y extranjero se mantuvo a través del tiempo. El Código Civil de

N.º 2, may-july 2004, p. 80.

³⁷ CLARO SOLAR, *op. cit.*, tomo I, p. 188.

³⁸ WENHUA SHAN, *Is Calvo, op. cit.*, p. 144.

³⁹ El texto completo del artículo 20 de la Constitución de la Nación Argentina vigente establece lo siguiente: «Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.»

⁴⁰ Como la Constitución Argentina no define quién es extranjero, por lo que Despotin ha afirmado que solamente hay argentinos (nativos o naturalizados) o extranjeros en el territorio de la república. Despotin, Luis A. El trabajador extranjero en la legislación laboral argentina. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, XXXI, octubre-diciembre 1967, N.º 4-5, p. 75.

la República Argentina, que estuvo vigente desde 1871 a 2015, fue aprobado por la Ley N.º 340. Su redacción estuvo a cargo del destacado jurista y romanista Dalmacio Vélez Sársfield, quien dejó claramente sentado que su fundamento era el Derecho Romano, como se puede constatar en las notas correspondientes. En este código, se establecía lo siguiente:

Artículo 1 del Código Civil de la República Argentina:

«Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes».

Como se puede apreciar, queda claramente establecido que la igualdad de tratamiento en este artículo era congruente con el marco jurídico argentino: mantenía la igualdad consagrada a nivel constitucional ya que la regla general era que los extranjeros tenían todos los derechos civiles que le correspondían a los argentinos. En consecuencia, tanto los extranjeros como los argentinos eran iguales en cuanto a sus derechos civiles.

Este Código Civil tuvo un impacto en el sur de la región y estuvo vigente en Paraguay por la Ley del 19 de agosto de 1876⁴¹.

Posteriormente, se promulgó el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que entró en vigor desde el 2015. En este se mantiene la igualdad de trato:

Artículo 4 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina – «Ámbito subjetivo:

Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.»

Si bien deja a salvo que podrían existir excepciones establecidas en las leyes especiales, el artículo 4 sostiene claramente que los argentinos y los nacionales están obligados por las leyes en un plano de igualdad y, en congruencia con la norma constitucional, gozan de los mismos derechos civiles.

De esta manera, se puede apreciar que Argentina consagra el principio de igualdad de trato del nacional y el extranjero de manera expresa y sin interrupciones hasta la actualidad.

⁴¹ MARTÍNEZ MILTOS, Luis, El nuevo Código Civil Paraguayo y el Código de Vélez Sarsfield. *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto Latinoamericano*. Congreso Internazionale (Roma 17-19 marzo 1986), 1986. p. 2.

III.2 Brasil

El Brasil es un Estado cuya legislación, de tradición portuguesa, ha tenido una gran influencia romanista; además, ésta ha tenido un impacto importante en los países de Latinoamérica. Además, la igualdad de trato entre el nacional y el extranjero ha sido consagrada a nivel constitucional y en su codificación civil.

En la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 que se encuentra vigente, se establece la igualdad ante la ley del brasileño y el extranjero.

Artículo 5 de la Constituição da República Federativa do Brasil: «*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à a segurança e à propriedade...*».

Como se puede apreciar, la Constitución del Brasil claramente establece que el nacional y el extranjero se encuentran un plano de igualdad ante la ley en la medida que se estén en territorio brasileño; cualquier límite o exclusión deberá constar de manera expresa⁴².

El primer Código Civil del Brasil fue promulgado por Ley N.º 3.071 en el año 1916 y estuvo en vigor hasta enero del 2003. En su redacción, se recogieron los aportes de los destacados juristas y romanistas brasileños Augusto Teixeira de Freitas (*Consolidações das Leis Cíveis* y el *Código Civil – Esboço*) y Clovis Bevilacqua. Es importante destacar que, desde su *Código Civil – Esboço*, Teixeira de Freitas afirmó que los extranjeros tenían los mismos derechos civiles⁴³ y reconoció la igualdad de tratamiento del extranjero respecto al nacional en el derecho brasileño.

El artículo 3 del Código Civil del Brasil estableció que «*A lei nao distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis*».

De este modo, este artículo expresamente mencionó la igualdad de trato porque no existía distinción entre nacionales y extranjeros ante la ley con relación a la adquisición y goce de los derechos civiles. Quedaba establecida la

⁴² VALLADAO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, vol. 1, p. 424.

⁴³ Al respecto, afirmó también: «*São aptos para adquirirlos todos os cidadãos brasileiros designados no art. 6.º da Constituição do Império, e todos os estrangeiros, tenham ou nao domicílio ou residência no Imperio.*» TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil – Esboço*. Edición en homenaje al Centenario de la muerte de A. Teixeira de Freitas. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, vol. I, p. 27 y 29.

regla general por la cual tanto brasileños como extranjeros contaban con los mismos derechos civiles.

El Código Civil del Brasil de 1916 fue derogado y el vigente fue promulgado por la Ley N.º 10.406 del año 2002. Si bien esta codificación no cuenta con una norma similar al artículo 3 antes mencionado, ello no significa que se haya dejado de lado la igualdad de tratamiento porque el artículo 1 vigente establece: «*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*» Al referirse a todas las personas, este artículo comprendería también al extranjero, quien tendría tanto derechos como obligaciones civiles. En consecuencia, los extranjeros cuentan con los mismos derechos civiles que los brasileños.

III.3 Chile

En el siglo XIX, la obra del jurista y romanista Andrés Bello tuvo una innegable influencia en las legislaciones latinoamericanas; en especial, en Chile. Antes que fuese planteada la Doctrina Calvo, Bello ya había afirmado reiteradamente la igualdad del tratamiento entre el nacional y el extranjero, como se puede apreciar en esta carta:

«Los extranjeros son admitidos a gozar y gozan en efecto, en este país, de todos los derechos civiles, de todos los beneficios que, en el orden social, concede a los ciudadanos, y no sería justo que se eximiesen de las cargas, peligros y pérdidas eventuales, a que los ciudadanos se hallan sujetos...»⁴⁴

Este destacado romanista tuvo a su cargo la elaboración del Código Civil de Chile que entró en vigor el 1.º enero de 1857⁴⁵, inspirándose en el Derecho Romano, la legislación española y el Code Napoléon de 1804. Este Código Civil tuvo una gran influencia en los Estados latinoamericanos y sirvió de mo-

⁴⁴ Este texto se encuentra en la Carta de Andrés Bello al señor Cazotte, Encargado de Negocios de la República Francesa, del 24 de noviembre de 1851. BELLO, Andrés. *Andrés Bello en la Cancillería Chilena*, N.º 257. *Derecho Internacional Obras completas de Andrés Bello – Comisión*. Caracas: Ministerio de Educación, 1954, tomo XXII, vol. IV, p. 389. Sobre este tema, véase también las cartas N.º 96 y 279. Respecto a la obra internacionalista de Bello, véase: LAGOS CARMONA, Guillermo. *Andrés Bello, el maestro del Derecho Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982. pp. 33 y ss.

⁴⁵ Véase BELLO, Andrés. Proyecto de Código Civil (último proyecto y proyecto inédito manuscrito) y el Proyecto de Código Civil de 1853, promulgado el 14-XII-1855. *Obras Completas*. Santiago: Nascimento, 1932. tomos III y IV.

delo para Colombia⁴⁶, Ecuador⁴⁷, Guatemala⁴⁸, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Panamá y Venezuela⁴⁹.

Sobre el tratamiento de los extranjeros en Chile, hay varios artículos que deben ser considerados. En primer lugar, el artículo 14 del Código Civil de Chile estableció que «La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros», con lo que expresamente se señalaba que los chilenos y los extranjeros que viven en su territorio⁵⁰ están sometidos a la ley. En segundo lugar, el artículo 56⁵¹ de este código definió quién era extranjero: aquel que no era considerado chileno. De esta manera, se entiende que el extranjero estaba en contraposición con el nacional. Ello nos hace evocar la clasificación del *status civitatis* en el Derecho Romano.

Finalmente, el artículo 57 del Código Civil de Chile también proclamó la igualdad de tratamiento del extranjero: «La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.» De esta manera, la regla general es que los chilenos y extranjeros tienen los mismos derechos civiles, aunque puedan darse expresamente algunas limitaciones a los extranjeros, sean previstas a nivel constitucional o legal.

En consecuencia, se puede afirmar que el Código Civil de Chile, con una clara inspiración romanista, consagra la igualdad de trato entre chileno y extranjero en cuanto a los derechos civiles.

⁴⁶ En Colombia, tanto en la Constitución Política de 1886 reformada (artículos 10 y 11) como en el Código Civil, se consagró la igualdad de tratamiento entre nacional y extranjero en cuanto a los derechos civiles. SACHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo Colombiano*. 6.ª ed. actualizada. Bogotá: Temis, 1980. pp. 330 y ss.; VÉLEZ, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. 2.ª ed. corregida y aumentada. París: Imprenta París – América, 1920. tomo 1, pp. 59 y ss.

⁴⁷ BORJA Y BORJA, Ramiro, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. s/l, Instituto Geográfico Militar, 1979. tomo 1, pp. 309 y ss.

⁴⁸ PLANAS-SUÁREZ, Simón. *Condición legal de los extranjeros en Guatemala*. Madrid: Reus, 1919, p. 13

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. 2.ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Reus, 1957. p. 65-66; CASTÁN VÁSQUEZ, José María, El sistema del derecho privado iberoamericano. *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*. VI. Pamplona: Universidad de Navarra, 1969. p. 172-173; VALLADAO, Haroldo, Le droit latino-américain. *Recueil Sirey*, París, 1954, p. 15

⁵⁰ En este artículo se estableció el principio de territorialidad estricta. SAMTLEBEN, Jürgen, La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello. *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*. Caracas: La Casa de Bello, 1987. p. 163.

⁵¹ Artículo 56 del Código Civil de Chile: «Son chilenos los que la constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros».

III.4 Perú

Desde su independencia, el Perú ha aceptado la igualdad de trato entre nacional y extranjero tanto en las disposiciones constitucionales como en sus Códigos Civiles.

Desde el inicio de su vida republicana, el Perú ha tenido varias constituciones por lo que se hará referencia solamente a algunas para esta investigación. En los principales textos constitucionales que estuvieron vigentes durante el siglo XIX, se afirmó que el extranjero y el peruano tenían los mismos derechos civiles referidos a la propiedad. Esto se aprecia en el artículo 26 de la Constitución del Perú de 1856: «Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano».

Posteriormente, el artículo 28 de la Constitución del Perú de 1860⁵² y el artículo 26 de la Constitución del Perú de 1867⁵³ reprodujeron el artículo 26 de la Constitución de 1856, consagrando así que el extranjero podía adquirir la propiedad de bienes, así como gozar de los derechos civiles y asumir las obligaciones que tenía un peruano; es decir, los colocaba en un plano de igualdad.

En el siglo XX, el artículo 38 de la Constitución del Perú de 1920 mantuvo la misma regla ya que estableció en la parte pertinente que «La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.» Además de esta disposición, se señaló expresamente que el extranjero estaba en un plano de igualdad respecto al nacional respecto a la propiedad:

Artículo 39 de la Constitución del Perú de 1920:

«Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial.»

⁵² Artículo 28 de la Constitución del Perú de 1860: «Todo extranjero podrá adquirir, conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano».

⁵³ Artículo 26 de la Constitución del Perú de 1867: «Todo extranjero puede adquirir en la República propiedad territorial, conforme a las leyes; quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano».

La novedad planteada en el artículo 39 la Constitución del Perú de 1920 responde al contexto histórico: en clara concordancia con la Doctrina Calvo⁵⁴, se rechazó la protección diplomática para evitar colocar al extranjero en una situación más ventajosa frente al peruano, quien solo podía recurrir a los tribunales nacionales. Además, resulta interesante que este artículo haya establecido algunos límites a la propiedad de los extranjeros en la zona de frontera que serían la excepción al principio de igualdad de trato. No obstante, esta excepción no menoscabaría el reconocimiento expreso de la igualdad de extranjeros y peruanos en cuanto a la propiedad.

En las constituciones posteriores del siglo xx, se mantuvo una fórmula similar sobre la propiedad de los extranjeros, planteando que renuncien a la protección diplomática y que existan límites en cuanto a la adquisición de la propiedad, especialmente de los bienes inmuebles en la zona de frontera. Esto se puede constatar en los artículos 32⁵⁵ y 36⁵⁶ de la Constitución del Perú de 1933⁵⁷ y en el artículo 126⁵⁸ de la Constitución Política del Perú de 1979. Por ello, se afirmó la igualdad del extranjero y el peruano en cuanto a la propiedad en el Derecho Civil⁵⁹. Adicionalmente, en concordancia con lo establecido en la Doctrina Calvo, el artículo 32 de la Constitución del Perú de 1933 y el artículo 126 de la Constitución Política del Perú de 1979 establecieron que los peruanos y los extranjeros estaban en un plano de igualdad en cuanto al goce y ejercicio de la propiedad en el ámbito civil, sometándose a las disposiciones del derecho peruano⁶⁰.

⁵⁴ El principio de igualdad de trato entre nacional y extranjero era parte de la Doctrina Calvo. Al respecto, véase: Wenhua Shan, Is Calvo, *op. cit.*, p. 149 s.

⁵⁵ Artículo 32 de la Constitución del Perú de 1933: «Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas».

⁵⁶ Artículo 36 de la Constitución del Perú de 1933: «Dentro de cincuenta kilómetros de la fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas o combustibles, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa».

⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1933*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo 3, p. 301.

⁵⁸ Artículo 126 de la Constitución Política del Perú de 1979: «La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática...».

⁵⁹ Al respecto, debe tenerse en cuenta que «... la igualdad no supone, siempre, la paridad absoluta de trato, sino antes bien la obligación de fundamentar, con base a la razonabilidad y la objetividad, las diferencias que pudieran establecerse entre las personas.» BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 139.

⁶⁰ WENHUA SHAN, Is Calvo, *op. cit.*, p. 149 s.

En la Constitución Política del Perú de 1993, que está vigente, se reiteró lo señalado anteriormente al afirmar que todo ser humano tiene derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2) y a no ser discriminado por su raza o nacionalidad. Además, el régimen económico constitucional tiene dos artículos referentes a la propiedad de los extranjeros que se tratarán a continuación: los artículos 63 y 71.

En primer lugar, se comentará el artículo 71⁶¹ porque contiene la regla general; en este, se establece expresamente que, en cuanto a la propiedad, los peruanos y los extranjeros son jurídicamente iguales y no se puede solicitar la protección diplomática; además, mantiene la prohibición de adquirir bienes en la frontera, lo que es una excepción a la regla general.

Por su parte, el artículo 63⁶² aborda varios puntos: el primer párrafo proclama la igualdad de condiciones para las inversiones nacionales o extranjeras en territorio peruano, con lo cual se busca brindar una clara señal a los inversionistas extranjeros para que consideren favorablemente al Perú para invertir, ya que se tiene un marco jurídico con un trato nacional y garantías suficientes⁶³. Además, estas disposiciones constitucionales se dieron en un marco de apertura y liberalización del comercio por parte del Perú. En su segundo párrafo, se plantea la llamada Cláusula Calvo porque establece que los contratos con extranjeros domiciliados en Perú están sometidos al ordenamiento jurídico peruano y se debe renunciar a la protección diplomática⁶⁴.

⁶¹ Artículo 71 de la Constitución Política del Perú de 1993: «En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.»

⁶² Artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993: «La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática».

⁶³ Wenhua Shan sostuvo que la Constitución Política del Perú de 1993 consagró el principio de igualdad de tratamiento para las inversiones nacionales y extranjeras. Además, al comentar el artículo 63 y el Decreto Legislativo 662 – Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras, añadió: «It is therefore clear that the national treatment standard established in Peruvian law emphasizes the prohibition of discrimination against foreign investors in an attempt to attract FDI.» WENHUA SHAN, *Is Calvo*, *op. cit.*, p. 156 s.

⁶⁴ El segundo párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993 es un ejemplo de una Cláusula Calvo moderada porque admite algunas excepciones: los contratos de naturaleza financiera

Como se puede apreciar, desde las primeras las constituciones del Perú, se estableció claramente la igualdad de trato del nacional y el extranjero, así como el sometimiento a las leyes y tribunales de república, lo cual es concordante con la Doctrina Calvo.

En cuanto a los códigos civiles, el Perú ha reconocido de manera constante los derechos civiles de los extranjeros en su territorio y les ha dado un trato igual a sus nacionales.

El artículo 33⁶⁵ del Código Civil de Perú de 1852 estableció, como regla general, que los extranjeros gozaban y ejercían sus derechos civiles tanto personales como patrimoniales en territorio peruano. No obstante, el artículo 34⁶⁶ precisó que, con relación a la adquisición de inmuebles y el ejercicio del comercio, se aplicaban los tratados y las leyes peruanas correspondientes. Esto último no debe entenderse como la exigencia de un acuerdo (*foedus*), como lo planteaba la Teoría de la Hostilidad Natural porque el artículo 33 establecía claramente que el extranjero tenía derechos civiles que gozaba y ejercía en el territorio peruano. Si bien no se plantea expresamente la igualdad de trato entre nacionales peruanos y extranjeros, resulta evidente que hay un reconocimiento de derechos civiles de los extranjeros en el artículo 33, lo que es coherente con las fuentes romanas y españolas. Además, podemos encontrar una referencia a lo que después se planteará en la Doctrina Calvo sobre el sometimiento del extranjero a las leyes y los tribunales peruanos cuando se establece lo siguiente:

Artículo 37 del Código Civil de 1852. «Tanto los peruanos como los extranjeros domiciliados en el Perú, donde quiera que hallen, pueden ser citados ante los tribunales de la república, para el cumplimiento de los contratos que hubiesen celebrado peruano, aun en país extranjero, sobre materias que las leyes del Perú permiten contratar».

De la revisión de sus artículos, se puede constatar que el Código Civil de 1852 reconoció los derechos civiles a los extranjeros que se encontraban en territorio peruano y los sometió a las leyes y los tribunales nacionales cuando surgían controversias sobre cuestiones personales, derechos reales, obligaciones y contratos.

y los acuerdos internacionales (como en los tratados bilaterales de inversión – BITs por sus siglas en inglés) que pueden dar acceso a otras jurisdicciones o tribunales internacionales. WENHUA SHAN, Is Calvo, *op. cit.*, p. 157

⁶⁵ Artículo 33 del Código Civil de Perú de 1852: «Los extranjeros gozan en el Perú de todos los derechos concernientes a la seguridad de su persona y de sus bienes, y a la libre administración de estos».

⁶⁶ Art. 34 del Código Civil de Perú de 1852: «La adquisición de inmuebles y las condiciones del comercio de los extranjeros, dependerán de los tratados que se celebren con sus respectivas naciones, y de las leyes y reglamentos especiales».

El Código Civil del Perú de 1936 derogó el anterior y, dado que el artículo 32 de la Constitución del Perú de 1933 establecía que el nacional y el extranjero estaban en un plano de igualdad en cuanto a la propiedad, su artículo XVI del Título Preliminar fue explícito al consagrar que los extranjeros tenían derecho de propiedad y también otros derechos civiles de conformidad con el ordenamiento peruano:

Artículo XVI del Título Preliminar del Código Civil del Perú de 1936:

«El derecho de propiedad y los demás derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivo de necesidad nacional se establezcan para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras».

Se debe destacar que el artículo XVI es más amplio que el artículo 33 del Código Civil de 1852 porque se refiere a los derechos civiles en general que sean comunes a nacionales y extranjeros. De esta manera, expresamente estableció la igualdad de trato entre el nacional y el extranjero respecto a los derechos civiles; aunque contemplaba la posibilidad de tener excepciones porque podrían tener límites o prohibiciones expresamente establecidas.

El Código Civil del Perú de 1984 claramente consagró también el principio de igualdad de trato del nacional y del extranjero en materia de derechos civiles, salvo las restricciones fundadas en la necesidad nacional:

Art. 2046 del Código Civil del Perú de 1984:

«Los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras.»

A partir del texto de este artículo, la igualdad de trato entre peruano y extranjero en el ámbito civil está expresamente garantizada aunque se admite que puedan darse algunas limitaciones y prohibiciones; estas últimas no desnaturalizan ni menoscaban dicha igualdad. De este modo, se elimina cualquier discriminación que se pueda dar contra el extranjero en cuanto a sus derechos civiles.

Del análisis de las normas constitucionales y civiles del Perú, se concluye que sus disposiciones consagran la igualdad de trato en cuanto a los derechos civiles de peruanos y extranjeros. A nivel constitucional, se establece la igualdad en cuanto al derecho de propiedad (artículo 71) y respecto a las inversiones (artículo 63), además de la norma general respecto a todos los derechos civiles (artículo 2046 del Código Civil de Perú de 1984).

IV. REFLEXIONES FINALES

Al inicio del artículo, se planteó por qué los principales códigos civiles de América del Sur han adoptado esta igualdad de trato entre el nacional y el extranjero. A partir de la revisión de las constituciones y, de manera especial, de los Códigos Civiles de los siglos XIX y XX de Argentina, Brasil, Chile y Perú, se concluye que estos tienen una base común romanística porque consagraron de manera constante y continua la igualdad de trato entre el nacional y el extranjero en materia civil.

La igualdad de trato que se otorga a los extranjeros en los territorios de estos Estados no es producto de una coyuntura política ni es la reacción a un fenómeno migratorio porque tiene un origen y fundamento romanísticos. Aunque parezca un planteamiento históricamente reciente, especialmente si tenemos en cuenta los planteamientos de Andrés Bello y Carlos Calvo en el siglo XIX, su base está en el tratamiento dado al *peregrinus* como *pari iure* respecto al ciudadano (*civis*) en el Derecho Romano. Esta igualdad de trato se ha mantenido y aplicado incluso frente a las diversas migraciones que se dieron en estos países; las normas no han cambiado pese a aquellas que actualmente se dan.

En el siglo XXI, se puede afirmar que la perspectiva es que la igualdad de trato entre nacional y extranjero se mantenga como un principio general en los países de América del Sur que tienen bases romanísticas. Frente a los cambios y retos de las políticas económica⁶⁷ o migratoria, la igualdad de trato no resultará debilitada; por el contrario, será fortalecida en el futuro.

⁶⁷ La apertura y la liberalización de las economías de algunos Estados sudamericanos como Chile y Perú (que han celebrado tratados bilaterales de inversión – BITs – y acuerdos de libre comercio – TLCs) han tenido como consecuencia enfatizar el llamado trato nacional al extranjero y no han modificado las disposiciones constitucionales ni los Códigos civiles estudiados.

REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA: IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Political representativity in Classical Antiquity: contemporary implications

RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO
Universidade Federal do Ceará (Brasil)

Resumo: Muito comumente, afirma-se que o governo representativo surgiu na modernidade. Todavia, quando se volta o olhar mais detidamente sobre a Antiguidade, é possível perceber que, ainda em Roma, durante o período da República, encontramos a semente de exemplos do governo representativo na eleição dos magistrados. Essa reanálise histórica não apenas permite uma melhor compreensão do caminhar da humanidade, como viabiliza apreender lições clássicas para o período contemporâneo.

Palavras-chave: representatividade política, eleição, magistrados romanos.

Abstract: Very commonly, it is stated that representative government emerged in modernity. However, when one looks more closely at antiquity, one can see that even in Rome, during the period of the Republic, we find the seed of examples of representative government in the election of magistrates. This historical reanalysis not only allows a better understanding of humanity's journey, but also enables us to grasp classical lessons for the contemporary period.

Keywords: political representation, election, Roman magistrates.

SUMÁRIO: I.–Nota preliminar. II.–A República romana e reflexões sobre a representatividade política. III.–Eleições e representatividade na contemporaneidade. IV.–Lições romanas.

I. NOTA PRELIMINAR

O Direito Romano que mais se consagrou e ainda deixa clara a sua marca mais conhecida na Ciência do Direito e no ordenamento jurídico de vários países é aquele que regula as relações de Direito Privado. Não se pode ignorar, porém, que a estruturação do governo romano e de suas instituições públicas ao longo de XII séculos, em território tão amplo, harmonizando pessoas diversas, em uma administração eficiente, revela também o gênio romano na administração e política, devendo também o Direito Público voltar seus olhos para o Direito Romano. Além de se perceber a semente de inúmeros institutos desenvolvidos ao longo da modernidade e da contemporaneidade, é possível resgatar lições que se revelam atuais e úteis hoje.

Durante cinco séculos, no período da República, realizaram-se em Roma eleições anuais para magistrados, com renovação de lideranças políticas. A função desempenhada no cargo, as características deste, o processo eleitoral, e a relação dos eleitos com eleitores merecem um constante reexame para que se reflita sobre defeitos e acertos de um instituto político que se manteve vivo por tantos séculos.

O presente estudo tem por objetivo fazer essa análise diacrônica entre as eleições dos magistrados realizadas durante do período da República Romana antiga e alguns aspectos das eleições, dos mandatos e da representatividade na época contemporânea.

É certo que cada época possui suas necessidades e características, mas, ciente dessa peculiaridade, é possível estabelecer um diálogo entre passado, presente e futuro, através de ponderações críticas sobre o que se perdeu e ainda se revela necessário, e sobre o que se mostra uma falha presente¹. Para tanto, divide-se a exposição de ideias em três partes. A primeira, em que se tecem considerações sobre o governo romano durante a República. Uma segunda em que se faz uma análise sobre eleições e representatividade no cenário atual. E uma terceira em que se busca traçar um paralelo entre os dois períodos, unindo pontas e buscando lições e reflexões que possam ser utilizadas na contemporaneidade.

¹ É preciso fazer essa retrospectiva e levar em consideração frutífera romana nesse momento de crise, até levando em consideração a lição de Juan Iglesias de que «nuestra civilización se alimenta de lo que olvida, de lo que ignora y de lo que niega» JUAN IGLESIAS, Estudios. *Historia de Roma –Derecho romano. Derecho moderno*, Universidad Complutense de Madrid, 1985, p. 98.

II. A REPÚBLICA ROMANA E REFLEXÕES SOBRE A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

É corrente a afirmação entre cientistas políticos² e filósofos de que a representatividade não foi vivenciada na Antiguidade, sendo Rousseau³ talvez o mais famoso pensador a sustentar essa ideia. Larsen⁴ e Agérson Tabosa⁵, de forma inovadora, vêem, já na Antiguidade, características do governo representativo.

Para investigar a existência ou não de sinais da representatividade política ainda na Roma antiga, importa compreender como se dividiam e se exerciam os Poderes Públicos em Roma, para então cotejá-los com o conceito de representatividade desenvolvido na modernidade. A propósito, é relevante notar que não se pode confundir a vivência de uma realidade, com sua teorização. Ainda que a teorização da representatividade tenha ocorrido, por excelência, na modernidade, isso não significa que outros povos não a tenha vivenciado em épocas mais remotas.

Antes, porém, dessa análise, deve-se ter em mente uma noção de representativa para a ela depois retornar já com mais crítica, após a consideração sobre os poderes do Estado de Roma. Pois bem, a representatividade política decorre da necessidade de se estabelecer uma relação entre povo e governante, e da impossibilidade do exercício da democracia direta, ante a complexidade da organização social. Decorre ainda, de, por questões de legitimidade, a sociedade não aceitar que um soberano ou um corpo de governantes a conduza sem qualquer elo entre vontade do povo e a tomada das decisões e atividades estatais.

Voltando à organização do Estado romano, e tratando apenas da República, período no qual ocorreram as eleições para magistrados, três eram os órgãos que exerciam a atividade governamental: os comícios, o senado, e as magistraturas.

Os comícios eram as assembleias populares, tendo sido de três tipos a depender do critério para sua organização (por cúrias-sangue, por centúrias-riqueza, e por tribos- domicílio). Exerciam função legislativa, eletiva e judi-

² PITKIN, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press, 1967.

³ Em suas palavras, «A ideia dos representantes é moderna: procede do governo feudal... Nas antigas repúblicas... jamais o povo teve representação ou conheceu esse vocábulo». Rousseau, Jean Jacques., *Du contrat social*, Paris, Gallimard, 1993. Coll. Folio, p. 135.

⁴ LARSEN, J. AO, *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkeley: University of California Press. 1955.

⁵ PINTO, Agerson Tabosa, *Da representação política na antiguidade clássica*, Fortaleza, Imprensa Universitária, 1981

ciária⁶. Quanto à função legislativa⁷, esta correspondia à de aprovar projetos de lei apresentados privativamente pelos magistrados que, após debate e aprovação, se transformavam em lei, que entravam em vigor com a ratificação pelo Senado.

O Senado, por sua vez, era composto por integrantes indicados pelo censor, entre ex-magistrados no pleno exercício de seus direitos políticos. Nasceu como órgão consultivo do Poder Executivo, mas, em sua evolução histórica, passou a desempenhar funções múltiplas de natureza legislativa, política e administrativa. Os senadores reuniam-se por convocação de um magistrado superior, esse, porém, não tinha direito de voto. A função de natureza legislativa correspondia à competência legislativa própria de votação de leis que vinham a ser o *senatus consultum*, assim como a ratificação das leis votadas pelos comícios. Exerciam ainda a função política referente à política externa de celebrar tratado, de fazer a guerra e a paz e de nomear os titulares para os governos das províncias. Realizavam, por fim, a função administrativa, como, por exemplo, a de fiscalização quanto ao controle da arrecadação e das despesas do Estado, além de função de planejamento referente à definição dos gastos estatais com atividades militares, obras públicas.

Os magistrados, por sua vez, englobavam sua série de cargos que exerciam função sobretudo de natureza executiva. A figura jurídica decorre de uma evolução das atribuições exercidas, durante o reinado, pelo rei. Essas atribuições passaram a ser exercida por dois cônsules e pouco a pouco foi-se sofisticando a delegação de função, e sua especificação. Como observa Agérson Tabosa, a República romana se assemelhava, portanto, às repúblicas presidencialistas contemporâneas, no sentido de que a função executiva era exercida por cônsules auxiliados por outros magistrados, que desempenhavam atividade semelhante a que exercem na atualidade ministros e demais dirigentes da Administração, com a diferença de que em Roma os magistrados eram eleitos e não nomeados pelos chefes do executivo, motivo pelo qual tinham mais liberdade decisória. Nas eleições, o voto inicialmente público passou a ser secreto como na atualidade. Os magistrados eram escolhidos por eleições comiciais assegurando rotatividade no poder. A eleição, portanto, não era direta, já que não era realizada por cabeça, mas por unidade comicial (centúrias – elegia os magistrados maiores, e tribos – elegia os magistrados menores). A rotatividade no poder advinha do fato de que o mandato tinha, como regra, duração de

⁶ PINTO, Agerson Tabosa, *Da representação política na antiguidade clássica*, Fortaleza, Imprensa Universitária, 1981, p. 47.

⁷ Esta era exercida pelos comícios por centúria e por tribo. Os por cúria se limitavam a votas os testamentos e as ad-rogações.

um ano (à exceção do censor que era de 5 anos), além do *cursus honorum*, requisito através do qual se exigia o caminhar em uma carreira, passando de um cargo mais simples para um mais complexo. Havia também o requisito temporal de deixar transcorrer dois anos entre uma magistratura e outra, além da exigência de uma idade mínima para o exercício do cargo⁸. Ao fim do mandato, poderiam ser chamados a prestar contas perante o povo⁹.

Examinados os Poderes do Estado Romano, passa-se a cotejá-los com teoria da representação política a fim de analisar se em Roma já existia representação, e se, ainda que não existindo, seria possível fazer ligação entre as eleições e o mandato romano com as eleições e mandatos contemporâneos, principalmente para refletir sobre alguma contribuição ante a atual crise de representatividade.

A representação política é a técnica de governo¹⁰ por meio da qual o povo escolhe seus governantes, geralmente através de eleições, para gerir as questões públicas, administrando-as em nome dos governados. Não se trata de um simples fato social ou político, mas também jurídico¹¹, tanto porque decorre de um procedimento jurídico (a escolha do governante), como porque o exercício de um mandato político estabelece deveres e obrigações. Como consequência do elo entre governantes e governados, a representação tem como requisito a homogeneidade de interesses e a responsabilidade política. A homogeneidade de interesses está relacionada à coisa pública¹², com o fato de que o interesse dos governados é tomado não isoladamente, mas no seu conjunto. Por sua vez, a responsabilidade demanda que os governantes respondam por seus atos perante os representados, assumindo obrigações e ônus, podendo, a depender do caso, vir a perder o mandato. Tal responsabilidade se verifica, por exemplo, no dever de prestar contas e na manutenção ou não do representante na política, escolhido em eleições seguintes ao do exercício do mandato.

Como dito inicialmente, prevalece na Ciência Política o entendimento que não houve, na antiguidade, representação política. Quanto à Roma, entende-se que os comícios eram a própria assembleia popular, os senadores eram nomeados pelos censores para exercício vitalício, não existindo portanto, num

⁸ BOSCH, Maria José Bravo, «El ius honorum em la antigua Roma», *AFDUDC*, 14, 2010, p.236.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 17.

¹⁰ BIANCHI, Fernando Novelli, *Democracia Representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*, Campinas: Millennium Editora, 2014, p. 17.

¹¹ PINTO, Agerson Tabosa, *Da representação política na antiguidade clássica*, Fortaleza: Imprensa Universitária, 1981, p. 21 e REALE, Miguel, «A teoria jurídica da representação política no Direito Constitucional», em *Modelos alternativos de representação política no Brasil e Regime Eleitoral, 1821-1921*, Cadernos da Unb, Brasília, Editora Unb, 1981, p. 56.

¹² SARTORI, Giovanni, «Representação política no Estado Representativo Moderno», *Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 22, 1962, p. 300 y ss.

caso e no outro a figura de representados e representantes, no elo povo-governantes, e os magistrados, apesar de eleitos, não agiriam em nome do povo, já que seriam meros executores, não atuando com responsabilidade perante eleitores, nem com homogeneidade de interesses.

Apesar de os magistrados, de fato, exercerem função executiva, não criando situações que poderiam configurar a vontade popular, já que esta vinha expressa em leis aprovadas ou pelos Comícios ou pelo Senado, é importante considerar que algumas atividades desenvolvidas pelos magistrados tinham natureza política como a iniciativa de leis, assim como a convocação do Senado para suas deliberações. Se, porém, os magistrados não tomavam diretamente as decisões governamentais, não deixavam de ter sobre elas certa influência. Além disso, sua responsabilidade era verificável através da prestação de contas no anseio de reeleição, na própria possibilidade de reeleição ou não, e, quando um deles cometia faltas em algumas situações, apesar de não ser ter declarada a perda do mandato, era convidado a pedir sua exoneração, num ato marcante para vida política daquele que se sujeitasse a tal convite¹³.

Vê-se, pois, que ainda que se acolha a ideia de que não houve representação política em Roma, alguns sinais que depois vieram a se mostrar essenciais na teoria da representação política já lá estavam. As realidades e os institutos jurídicos não nascem prontos, mas são formados em um lento caminhar, negar essa semente é desprezar uma experiência histórica vivenciada por mais de duzentos anos. A preocupação que os magistrados romanos tinham de bem gerir a coisa pública, ainda que porque preocupados com o resultado das eleições, talvez deva ser cultuada como uma relevante característica a ser desenvolvida por políticos.

III. ELEIÇÕES E REPRESENTATIVIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

Eleições, na contemporaneidade, são realizadas com regularidade nas democracias ocidentais sobretudo depois da segunda guerra, após o período de alguns regimes ditatoriais em países influentes no jogo político mundial, como Alemanha e Itália. Desde então, democracias se consolidaram e se expandiram tendo sido inclusive anunciado o fim da História, pela crença mantida, por breve período, de que os direitos políticos teriam alcançado sua máxima expansão

¹³ Há quem defenda que em Roma havia a possibilidade de perda do mandato, por faltas cometidas ou por ter incorrido em profunda desconfiança pública, o que seria deliberado pelo Senado, que convidaria o magistrado a pedir o seu desligamento. COSTA, Emílio, *Historia del Derecho Romano Público*, Madrid, Editorial Reus, 1930, p. 110 s.

e de que a democracia representativa se consolidaria como forma de governo¹⁴. Nos últimos anos, porém, sobretudo após a eleição do presidente Donald Trump e a expansão de alguns regimes extremistas, tem ganhado força a discussão sobre a crise da democracia, tendo-se vislumbrado inclusive sua morte¹⁵.

Esse cenário advém não apenas da redução da implementação da democracia em países que ainda não a tinham amadurecido, mas também de severa crise de representatividade em países com democracia desenvolvida.

Como relata, Manuel Castels, em 2000, 65% dos cidadãos não confiavam nos partidos políticos; em 2016, esse número subiu para 88%. Em relação ao parlamento, a desconfiança aumentou de 39% para 77%. Em relação ao governo, passou de 39% para 77%¹⁶.

A crise é complexa e advém de muitos fatores, como a falta de habilidade para o diálogo diante de novas tecnologias, o distanciamento entre eleitores e eleitos gerando abstenção nas votações e mais afastamento nas relações políticas entre ambos, o próprio questionamento sobre a necessidade de eleições, havendo reflexões sobre o aumento de mandatos. Elemento relevante da crise decorre também do fato de que muitos políticos que passaram a ser protagonistas, como Donald Trump, por exemplo, fazem um discurso contra a própria política e são arrivistas, ou seja, advém de outro cenário não ligado propriamente à política.

As instituições e as engrenagens sociais são atacadas, como se fossem o empecilho para a fluidez e a maior legitimidade na democracia. Partidos políticos e requisitos para o exercício da vida política são vistos como barreira entre sociedade e a tomada de decisões e não como canais e pressupostos de uma comunicação saudável.

Não se pode negar que o referido distanciamento entre representantes e representados, com a redução da participação dos eleitores em votações, e com o questionamento sobre o aumento do tempo dos mandatos termina por gerar uma apatia no cidadão. Apatia pública essa que pode terminar levando a seu distanciamento de reflexões sobre o bem e o interesse comum e ao acirramento do individualismo. Cidadania requer o exercício do debate sobre a vida política, para a criação de espaços de liberdade e o aumento da solidariedade.

¹⁴ Fukuyama observou: «Dos diferentes tipos de regimes surgidos no curso da história da humanidade, desde monarquias e aristocracias até as teocracias religiosas e as ditaduras fascistas e comunistas deste século, a única forma de governo que sobreviveu intacta até o fim do século xx foi a democracia liberal.» FUKUYAMA, Francis, *O fim da História e o último homem*, Rio de Janeiro, Rocco, 1992, p. 80.

¹⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel, *Como as democracias morrem*, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

¹⁶ CASTELLS, Manuel, *Ruptura: A crise da democracia liberal*, Rio de Janeiro, Zahar, 2018, p. 15.

Quanto à realização de discursos críticos da própria política, com a exaltação de qualidades pessoais de administradores fora da política, estes podem terminar levando a uma personificação do poder, com tendências autoritárias e o próprio questionamento da ordem jurídica, com flexibilização do poder.

IV. LIÇÕES ROMANAS

Diante do cenário contemporâneo narrado no tópico anterior, a eleição de magistrados (ainda que nela não se vislumbre sinais da representatividade política, ideia com a qual discordamos) e características de seus mandatos permitem-nos fazer algumas reflexões sobre as eleições atuais e a relação entre eleitores e eleitos que podem contribuir para o combate a crise de representatividade.

Os curtos mandatos dos magistrados terminavam por levar à maior participação política, desenvolvendo no eleitor mais crítica para votar. Tal realidade conduz à conclusão de que ainda que os mandatos atuais, apesar de não precisarem ser tão breves com risco à governabilidade, também não devem ser alongados reduzindo a participação política do cidadão, o que poderia levar a uma apatia e mais distanciamento, acirrando a crise de representatividade.

O *cursus honorum*, por sua vez, ao mesmo tempo em que impedia com mais eficiência que pessoas com discurso contrário à política a integrassem, exigia experiência para o exercício dos cargos, requisito esse compatível com um caminhar de saberes já praticados e testados, a garantir mais profissionalismo. Ao mesmo tempo, assegurava maior rotatividade ao poder, já que conduzia a uma escalada e representava um estímulo a exercer o cargo com competência; afinal, desempenhar bem um posto era requisito para galgar o posto hierarquicamente superior¹⁷.

É certo que exigir juridicamente o *cursus honorum* no atual contexto seria limitar a ideia de sufrágio universal, criando barreira excessiva para quem quer exercer atividade política, mas a ideia de uma carreira a ser desempenhada por políticos pode integrar elemento da educação cívica, tanto a orientar candidatos e políticos na busca pela preparação, como a orientar o cidadão sobre a importância do caminho profissional percorrido pelo candidato. A política requer conhecimento sobre a conciliação de interesses, a tomada de decisões e sua execução, saberes esses que não são facilmente dominados por todos. A capacidade de formar coalização em cenário complexo integra sua

¹⁷ No mesmo sentido, é o entendimento de María José Bravo Bosch expresso em «El ius honorum em la antigua Roma», *AFDUDC*, 14, 2010, 229-248.

arte e é diversa para cada cargo e cada grau. Exercer a função de vereador ou deputado não é o mesmo que exercer a função de prefeito, governador ou presidente. Enquanto, o Legislativo tem função mais de controle, o Executivo deve ter forte poder de articulação para a tomada de decisões, exigindo de cada carga saberes próprios. O *cursus hororum* põe justamente como central a questão da experiência, além de poder aproximar eleitor e eleito, que, a partir de um cargo menor, ganha paulatinamente confiança técnica e legitimidade para o exercício do mandato. Essas exigências impedem ainda que arrivistas, ou pessoas inteiramente fora do cenário político, passem a integrá-lo já em seu maior nível, como ocorreu, por exemplo, com Donald Trump, figura que se mostra central a chamada crise da democracia na contemporaneidade. Elas valorizam também institucionalização tão em desprezada na atualidade, na medida em que exigem como requisito para a participação na vida político o respeito a uma séria de regras postas pelo Estado, numa engrenagem para que o todo funcione.

Por fim, deve-se considerar que a natureza não imperativa do mandato dos magistrados, como são os mandatos atuais, se por um lado pode dar mais liberdade ao governante, e também mais poder com menos responsabilidade, por outro, gera um vínculo político entre governante e governado com um espectro mais amplo de cidadãos, já que o eleito estará preocupado com a boa gestão da coisa pública para todos e não apenas para o grupo em relação ao qual fez promessas de campanha. Além disso, é preciso ter flexibilidade para gerir. Mudanças no cenário social e econômico, por exemplo, tornam desvantajosa para a própria sociedade a concretização de promessa de campanha ou a execução de ideia previamente sustentada pelo eleito. O controle político pelo eleitor e a responsabilidade do eleito devem ser realizados não apenas e principalmente com a cassação de mandatos, mas com sua não recondução ao poder nas eleições seguintes.

CONSTITUTIO ANTONIANA AND CITIZENSHIP OF THE EUROPEAN UNION. CONSIDERATIONS BETWEEN POLICY AND LEGAL STABILITY

*Constitutio Antoniana y ciudadanía de la Unión Europea. Consideraciones
entre política y estabilidad jurídica*

BRONISŁAW SITEK

SWPS University of Social and Humanities Science in Warsaw

Abstract: Anthony Caracalla, with the edict of 212, gave citizenship to the inhabitants of the Roman Empire, which consisted of numerous cities and small states. Granting the citizenship to the Empire's inhabitants should theoretically lead to far-reaching political and social unification of the state. The European Union with the Treaty of Maastricht introduced the EU citizenship based on the citizenship of the Member States. There is therefore no concept of unconnected Union citizenship. Thus, the Union retains the identity and individuality of individual nationalities.

Keywords: Roman law, European Union law, citizenship, Constitutio Antoniana, stability of the legal system.

Resumen: Antonino Caracalla, con el edicto de 212, otorgó la ciudadanía a los habitantes del Imperio Romano, que consistía en numerosas ciudades y pequeños estados. Esta concesión habitantes del Imperio debería teóricamente conducir a una unificación política y social de gran alcance del estado. La Unión Europea con el Tratado de Maastricht introdujo la ciudadanía de la UE basada en la ciudadanía de los Estados miembros. Por lo tanto, no existe un concepto de ciudadanía sin conexión de la Unión. Por lo tanto, la Unión conserva la identidad y la individualidad de las nacionalidades individuales.

Palabras clave: derecho romano, derecho de la Unión Europea, ciudadanía, Constitutio Antoniana, estabilidad del sistema legal.

SUMARIO: I.–Introduction. II.–The Roman Empire and the European Union. III.–The Roman Citizenship and the European Union. IV.–The consequences of granting Roman and EU citizenship. V.–Conclusions.

I. INTRODUCTION

In the Roman law textbooks, the information about one of the fundamental legal acts for ancient Rome, which is *Constitutio Antoniana* from 212, is rather briefly given. On its basis, citizens of the Roman Empire were granted Roman citizenship (*civitas romana*), with the exception of *peregrines dedetici*¹. The issues related to this are omitted, such as: the original wording of the edict, the effects of this legal act in the field of public and private law, who were *peregrines dedetici*, how did affected the stability of the legal system and what matters most, what were the reasons for this decision taken by the emperor Antony Caracalla? The exception to this rule is a public law book written by A. Petrucci, which contains a few pages of the reason for granting Roman citizenship to almost all residents of the Empire, and the resulting legal consequences in the field of public and private law².

It is difficult to give a clear and comprehensive answer to all of the issues presented above in a short, barely a few pages study. The size of the discussion on *Constitutio Antoniana* is demonstrated by a fairly large number of Polish³ and foreign⁴ Romanist and historical publications on this subject. The basic elaboration of this legal act was made quite a long time ago, namely by Ch. Sasse in 1958⁵.

¹ A. ŚWIĘTOŃ: A. JUREWICZ, R. SAJKOWSKI, B. SITEK, J. SZCZERBOWSKI, A. ŚWIĘTOŃ, *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, UWM, Olsztyn 2011, pp. 127-128; J. ZABŁOCKI, A. TARWACKA, *Publiczne prawo rzymskie*, Liber, Warszawa 2011, p. 61; A. F. DE BUJAN, *Derecho publico romano*. Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 57.

² A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, G. Giappichelli editore, Torino 2012, pp. 461-464.

³ J. MODRZEJEWSKI, *L'Edit de Caracalla de 212 : La mesure de l'universalisme romain*, T. Giaro (ed.) *Roman law and legal knowledge*, Studies in memory of H. Kupiszewski, Warszawa 2011, pp. 21-36; A. Łukasiewicz, Zum P. Giss. 40. I.9 («Constitutio Antoniniana»), *The Journal of Juristic Papyrology* 20/1990, pp. 93-101; W. OSUCHOWSKI, *Constitutio Antoniniana: Przyczyny wydania edyktu Karakalli z r. 212 w świetle współczesnych źródeł historyczno-prawnych*, *Roczniki Teologiczne* 10.4/1963, pp. 65-82; Idem, *Extension de la sphere d'application des prétentions réciproques dans la procédure extraordinaire d'après les constitutions impériales en droit romain*, *Archivum Iuridicum Cracoviense* 6/1973, pp. 83-100.

⁴ A. N. SHERWIN-WHITE, The 'Tabula' of Banasa and the 'Constitutio Antoniniana', «*Journal of Roman Studies*» 63/1973, pp. 86-98; E. Seidl, *Juristische papyruskunde*. 15. Bericht, *SDHI* 30/1964, pp. 465-525 P. De Francisci, Ancora intorno alla costituzione Antoniana, *BIDR* 65/1962, pp. 1-18; A. D'ORS, *Estudios sobre la «Constitutio Antoniana»*. In: Caracala y la unificación del Imperio. *Emerita*, 24, 1.

⁵ Ch. Sasse, *Die Constitutio Antoniana. Untersuchungen über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung anf Grund des Papyrus Miss. 40.1.*, Harrassowitz, Wiesbaden 1958, p. 143.

In this study, I will confine myself to discuss the impact of the implementation of common citizenship within the Empire from the point of view of the stability of the legal system, especially private law, compared to the introduction of Union citizenship and its impact on the stability of private law in the Member States. Due to the delineated subject of the study, the legal-historical and legal-comparative method will be used. The study will also use the method of dogmatic analysis of the sources of law.

II. THE ROMAN EMPIRE AND THE EUROPEAN UNION

In the old and modern literature, but also in films presenting life in the Roman Empire, the reality of that time is quite flat, simplified and it is using the method of stereotyping. Namely, this Empire appears as a uniform political, social or cultural structure. Meanwhile, the reality was completely different, very complex and, in fact, not fully discovered.

From the ancient political point of view, Rome is most often depicted through the prism of the monarchical system (empire, without distinction between principals and dominate). On rare occasions, there are studies concerning the republican period. The royal period is completely omitted. From the social point of view, traditionally the division of the empire's inhabitants into free people and slaves appears. Meanwhile, the structure of Roman society was extremely dynamic. The divisions on *cives romanorum* and *preregrines*, on women and men were very important and formed various social groups that underwent far-reaching transformations. For example, during early republics, the Roman citizens were divided into patricians and plebeians, while during the end of the republic for *optimates* and *populares*. In the period of the Principate and Dominate, more social classes were created, such as *humiliores* and *honestiores*. The social and legal position of particular social groups was also different⁶.

It is impossible to speak about the cultural unity of ancient Rome. Certainly, from the time of the Punic Wars, it means from about 260 BC, Rome gradually became a multi-cultural state. Under the Roman authority, not only two separate cultures based on Latin and Greek languages had been emerged, that is, the western and eastern part of the empire, but many other cultures of that time, often based on religious differences, such as Judaean, Egyptian or Persian culture. Hence, the religious tolerance was an important element of

⁶ A. ŚWIĘTOŃ, *op. cit.*, pp. 128-129.

Roman politics. An exception to this principle was the persecution of Christians until the so-called the Milan edict from 313⁷. We can even state that until the fall of the so-called the Western Empire in 475, there was not the cultural unification of the state. Of course, in the literature, we can find differently opinions too stating about the advanced Romanization of areas conquered or incorporated into the empire by virtue of the treaties – it means *foedus*⁸.

When writing about the Roman state, one should bear in mind that the modern concept of the state, was born in the doctrines proclaimed at the turn of the Middle Ages and Renaissance⁹. This concept was actually foreign to ancient thought. The Roman state was a dynamic reality. In the republic period, according to the definition of Cicero, the country is composed of people who are gathered in a particular place in accordance with the law¹⁰. In the period of the principate and dominate, the Emperor was the emanation and personification of the state. The Roman state was basically created on the basis of conquests and incorporation of conquered areas under the Roman administration, or concluding contracts of various natures - *foedus*¹¹.

According to Karolina Markowska, the Roman Empire was never a uniform state organization, despite such a huge territory and introduced reforms of public administration, mainly by Diocletian (284-305). The Roman Empire was a de facto loose federation of city-states strongly dependent on Rome (*polis*) or lesser kingdoms of different status¹². Expanding the empire's bor-

⁷ The periodic persecution of Christians had their source in not recognizing of this religious tolerance by Christians, and in building a universal religion with its own social structures, and even with its own judiciary. I Kor. 6.6-7. See. B. SITEK, *Ideologiczno-prawne ramy działań prześladowczych wobec chrześcijan w antycznym Rzymie*, [in:] ed. S. L. STADNICZEŃKO, S. RABEJ, *Urzeczywistnianie wolności przekonań religijnych i praw z niej wyphywających*, Publishing House Św. Krzyża w Opolu, Opole 2012, pp. 7-22.

⁸ The idea of the far-reaching cultural unification of Rome in the days of Karakala was preached by M. Cary, H. H. SCULLARD, *Dzieje Rzymu*, vol. II, PWN, Warszawa 1992, p. 315.

⁹ In the literature, there are many publications systematizing contemporary state doctrines which are very numerous. See: R. Tokarczyk, *Współczesne doktryny polityczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010. The common denominator, however, are such features as: sovereignty, territoriality, institutionalization of state groups or division of power. See: A. REDELBACH, S. WRONKOWSKA, Z. ZIEMBIŃSKI, *Zarys teorii państwa i prawa*, PWN, Warszawa 1992, p. 39.

¹⁰ Cic. de rep. 1.39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnium hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communi- ne sociatus. eius autem prima causa coeundi est non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus hoc, sed ita generatum ut ne in omnium quidem rerum affluen<tia>* See. B. SITEK, *O państwie i politykach według Cyserona*, Journal of Modern Science 1/2/2006, pp. 10-19.

¹¹ See: J. BLEICKEN, *Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches*, Bd. 2. Scho- ningh, Padeborn 1978, pp. 9-12.

¹² K. MARKOWSKA, *Struktura i organizacja prowincji rzymskich – wprowadzenie do zagadnień prawno-ustrojowych*, Krytyka Prawa», Vol 7, p. 283 (281–308).

ders essentially through conquests was caused by the idea of increasing political influence and ensuring security for Roman citizens in material and financial terms. In the latter case, it was about acquiring new sources of inflow to the tax office¹³. Eventually, the period of great conquests ended with the reign of Hadrian (117-138).

Roman *romanitas* - the idea of political and cultural unity of Rome up to the second century in various parts of the empire proceeded in various ways. The fastest and most complete unification of administrative structures and consequently, the building of national identity took place in Italy. It can be said that such a phenomenon occurred already in the first century BC. In the remaining parts, the provinces were created in which administrative, organizational or legal structures were more or less unified. Even the construction of the colony was not fully implemented in order to Romanise the conquered areas, but rather to create security in the provinces by balancing the number of natives with the number of immigrant populations. Thus, the process of Romanization was different in today Spain and differently done in the territory of Asia Minor¹⁴. The purpose of provincial management was not to create a unified social culture. *Pax Augusta* or later *pax romana* meant first and foremost the introduction of internal and external peace (security), as well as specific social order without the necessity of cultural unification¹⁵.

The European Union, in turn, is a product completely different from the Roman Empire. It is an international *sui generis* organization established on the basis of treaties, voluntarily accepted and signed by the leaders of the member states. It is therefore a community of states based on the law and regulations. The rules for cooperation between Member States are the result of joint arrangements. According to the preamble to the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU), the Union's objective is to

¹³ W. ECK, *Die Struktur der Städte in den nordwestlichen Provinzen und ihr Beitrag zur Administration des Reiches*, In: W. Eck-H. Gailsterer (ed.), *Die Stadt in Oberitalien und den nordwestlichen Provinzen des römischen Reiches*, Kölner Forschungen 4, Mainz 1991, p. 73.

¹⁴ T. BECHERT, *Die Provinzen des Römischen Reiches. Einführung und Überblick*, Mainz 1999, p. 74; W. Bojar-ski, *Stosunki cesarskiego Rzymu z lokalnymi autonomiami w zakresie sądownictwa*, [in:] *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, Koszalin 1999, p. 11.

¹⁵ Welleiusz Paterculus praised the order and security introduced by Augustus. 2, 89: *...revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudicis auctoritatis, senatui maiestatis, imperium magistratuum ad pristinum redactum modum... prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata reddit cultus agris, sacris honos, securita hominibus, certa cuique rerum suarum possessio* See: U. Asche, *Roms Weltherrschaftsidee und Aussenpolitik in der Spätantike im Spiegel der Panagyrici Latini*, Bonn, 1983, p. 76 and the following. See: B. SITEK, *Novus ordo rerum Augusta. Pierwsza próba zjednoczenia Europy*, In: *Materiały Pokonferencyjne I-go Forum Unii Walutowej. Unia Walutowa a przyszłość Polski i krajów Europy Środkowoschodniej*, Olsztyn 2000, pp. 185-201; U. v. LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt /am M., 1955, p. 399.

constantly improve the living and working conditions of its peoples, to guarantee the stability of development, the commercial balance and the fairness in competition. For these purposes, the Union's competences were defined in the articles 2 – 4 of the TFEU.

As a consequence, the European Union does not have a strongly centralized structure of power built on the model of Roman emperors. To some extent, such a model accompanies the office of the President of the United States. The structure of the Union and its management has been based on the principles of the democratic concept of the rule of law¹⁶. They are manifested, inter alia, in the transparent electoral system of the European Parliament and in the public debate on the election of commissioners or the president of the European Commission.

The similarity between the European Union to the Roman state system can be seen in the tolerance of cultural diversity which occurs in the individual Member States. Although, it can be more and more clearly noted that the socialist mechanisms of the worldview struggle are centrally introduced, consisting in introducing the principles of political correctness on certain issues that are imposed on citizens of the Union using the European Court of Human Rights or the Court of Justice of the European Union jurisprudence, for example in such issues as: LBGT, abortion or euthanasia¹⁷.

Nevertheless, the European integration tends to consistently pursue the unification or unification of various areas of substantive law, such as consumer law or banking law, as well as the procedures which form the basis of police and judicial cooperation in criminal matters. As part of the integration, many common systems have been created, for example a crisis response system¹⁸.

III. THE ROMAN CITIZENSHIP AND THE EUROPEAN UNION

From the point of view of the subject of this study, the issue of the Roman and the EU citizenship is important to present, and then what legal consequences were brought by the both types of citizenship. Until year of 212, the Roman citizenship was a privilege of not so many inhabitants of the Empire. The Romans did not care for the situation that the wider social masses would have

¹⁶ W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ-Verlag 1973, p. 33.

¹⁷ Such actions may lead to the elimination of cultural differences, which are based mainly on different value systems, and in the long run, it may lead to various forms of persecution.

¹⁸ See. J. BARCIK, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, C. H. Beck, Warszawa 2008 p. 15 and the following.

this privilege. The People's Assembly (*comitium*) was the organ authorized to grant citizenship during the time of the republic. Other authorities, in this respect, had the delegated authority under a specific law approved by the Senate. In particular, such powers were acquired by the leaders of the Roman legions - *virtutis ergo*. In this way, the citizenship could be received by the individuals as well as by whole cities, such as Tusculanum or Lavinium. The citizenship was awarded as a merit or heroism shown in the fight for Rome. The motive for granting Roman citizenship could be such as: serving in auxiliary military units (*auxilia*), building a house in Rome for their own money, supplying wheat for a few years to Rome, or milling grain for Rome's needs. Such citizenships could even be obtained by the slaves and thus became free people¹⁹.

The very first legal acts, on the basis of which, the citizenship was granted to larger social groups were *lex Iulia de civitate et sociis danda* from 20 BC and *lex Plautia Papiria* from 89 BC. As a result of these two acts, the number of citizens, at the census in 86 BC, was 463 thousand²⁰. The Roman emperors from Octavian August took over the power to grant the citizenship. As a result of granting citizenship in this way, by year 212, another 2 million new citizens became the citizens of the Empire²¹. According to W. Suder, the population of the Empire, in the middle of the second century, was about 56 million, including about 5 million. Roman citizens²².

The edict of Caracalla from 212 had a huge influence on the Roman demographics. The content of this edict cannot be learned from legal or extrajudicial texts.

Ulp. 22 ad. ed. (D.1.5.17): *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*

The Ulpian's text only gives us the message about two issues, namely the fact of the existence of constitution and about its consequences, which is, the fact of giving the citizenship to all the inhabitants of the Empire. The Caracalla's Constitution is also mentioned by other sources by it is as marginally as in Ulpian's text. It is mentioned by Justinian in Novel 78.5, Cassius Dio 78.9.5; S. Aurelius Victor in *Liber de Caesaribus* 16.12 and Elius Spartianus, *Vita Severi* 1.1-2.

¹⁹ See: M. ZABŁOCKA, *Nadawanie obywatelstwa rzymskiego*, Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny 36/1-2, p. 216 (pp. 215-222).

²⁰ Both Acts were the result of the Rome war with Asculum. The citizenship was received by those inhabitants who were in favor of Rome. See: M. ZABŁOCKA, *op. cit.*, p. 217.

²¹ See: M. ZABŁOCKA, *op. cit.*, p. 219; M. LAVAN, *The Spread of Roman Citizenship, 14-212 ce: Quantification in the Face of High Uncertainty*, Past & Present 230.1/2016, pp. 3-46.

²² See: W. SAUDER, *Census populi. Demografia starożytego Rzymu*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2003, p. 15 and following.

More about the particular provisions of this Constitution is known only from the preserved fragment of papyrus from Giessen no. 40, which is a Greek translation of the original²³. The passage of time meant that it was not preserved in its entirety.

This way of granting the citizenship in ancient Rome is not reflected in the European Union's legislation. The citizenship of the Union was only introduced by the article 9 of the Treaty on European Union, in 1992. The legal basis for the European Union citizenship is the article 20, paragraph 1 of the TFEU, according to which it is acquired *ipso iure* in the case of having the citizenship of a Member State. The Union does not interfere in the criteria for granting the nationality of a Member State nor in the procedure. Thus, it is personal, additional and dependent from the national citizenship²⁴.

IV. THE CONSEQUENCES OF GRANTING ROMAN AND EU CITIZENSHIP

From the point of view of the Edict of 212, it is necessary to quote, at least, the part of the text of the papyrus from Giessen no. 40:

Imperator Caesar Marcus Aurelius Seuerus Antoninus Augustus dicit: Nunc uero.... potius oportet querellis et libellis sublatiis quaerere quomodo diis immortalibus gratias agam, quod ista uictoria... me seruauerunt. Itaque existimo sic magnifice et religiose maiestati eorum satisfacere me posse, si peregrinos, quotiens cumque in meorum hominum numerum ingressi sint, in religiones (?) deorum inducam. Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, ciuitatem Romanorum, manente omni genere ciuitatum, exceptis dediticiis. Oportet enim multitudinem non solum omnia... sed etiam uictoria circumcingi. Praeterea hoc edictum augebit (?) maiestatem populi Romanorum cum facta sit eadem aliorum (?) (peregrinorum?) dignitas...²⁵.

²³ See: P. GUMIELA, *Διδομι πολιτειαν Ρωμαίων : treść i zakres nadania obywatelstwa w «Constitutio Antoniniana»*, *Zeszyty Prawnicze* 10/1, pp. 129-147.

²⁴ See: M. SEROWANIEC, W. WŁOCH, *Obywatelstwo Unii Europejskiej w świetle koncepcji dzielonej suwerenności ludu J. Habermasa*, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 3(19)/2014, pp. 147 (137-160).

²⁵ S. RICCOBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, FIRENZE, 1941, pp. 445-449, n. 88. *It is most fitting that, as I ascribe the causes and the reasons of events to divine origin, I should attempt to render thanks to the immortal gods for their preservation of me in so grant a danger. I believe, therefore, that most magnificently and reverently I can perform a service not unworthy of their majesty, if I make my offerings to the gods in company with the foreigners who at any time have entered the number of my subjects, as well as with my own people. I grant, therefore, to all foreigners throughout the Empire the Roman citizenship, though... are preserved except the dediticii. For it is proper that the populace not only should... everything, but also should share in the victory. This edict will enhance [?] the majesty of the Roman people [?].*... The English translation is given after: Johnson, Coleman-Norton & Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin 1961, pp. 225-226, n. 277.

Without going too far into the exegesis of the text of the constitution, which is not the purpose of this study, it should be noted that for the emperor, the official motive for issuing this constitution was to make all inhabitants of *imperium – peregrines* – the shareholders of victory or perhaps the participant of Rome's reign over the contemporary world. In the last preserved sentence, there is a new motive, namely the rise of the majesty of Rome. Using modern terminology, we can say that it was about increasing the prestige of Rome towards other nations.

In the literature, however, quite differently, the motives for such a legislative decision have been indicated. Basically, there are four motifs: the administrative unification of the state, striving to create a cosmopolitan state, the cultural or religious unification of the state, and finally an economic motive, that is, increasing the inflow to the tax office²⁶. For the majority of Romanists, this last motif was probably the most important, as it is evidenced by the text of Dio Cassius 78.9.5.

Dio Cass. 78.9.4-6: τῶν τε τελῶν τῶν τε ἄλλων ἃ καινὰ προσκατέδειξεν, καὶ τοῦ τῆς δεκάτης ἦν ἀντὶ τῆς εἰκοστῆς ὑπὲρ τε τῶν ἀπελευθερουμένων καὶ ὑπὲρ τῶν καταλειπομένων τισὶ κλήρων καὶ δωρεᾶς ἐποίησε πάσης, ἡ τὰς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας ὅτι ἕνεκα καὶ Ῥωμαίους πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ, λόγῳ μὲν τιμῶν, ἔργῳ δὲ ὅπως πλείω αὐτῷ καὶ ἐκ τοῦ τοιοῦτου προσίη ἡ διὰ τὸ τοὺς ξένους τὰ πολλὰ αὐτῶν μὴ συντελεῖν, ἀπέδειξεν'. ἔξω δὲ τούτων ἀπάντων καὶ οἰκίας αὐτῷ παντοδαπάς, ἐπειδὴ τῆς Ῥώμης ἐξώρμησε, καὶ καταλύσεις πολυτελεῖς ἐν μέσαις ταῖς ὁδοῖς καὶ ταῖς βραχυτάταις οἰκειῖς δαπανήμασι κατασκευάζειν ἡναγκαζόμεθα, ἐν αἷς οὐχ ὅσον οὐκ ἐνὸρκησέ ποτε²⁷.

²⁶ See: A. ΣΩΙΓΕΤΟΝ, *op. cit.*, p., 128.

²⁷ English translation: Then there were the provisions that we were required to furnish in great quantities on all occasions, and this without receiving any remuneration and sometimes actually at additional cost to ourselves all of which supplies he either bestowed upon the soldiers or else peddled out; and there were the gifts which he demanded from the wealthy citizens and from the various communities; and the taxes, but the new ones which he promulgated and the ten per cent tax that he instituted in place of the five per cent tax applying to the emancipation of slaves, to bequests, and to all legacies; for he abolished the right of succession and exemption from taxes which had been granted in such cases to those who were closely related to the deceased. This was the reason why he made all the people in his empire Roman citizens; nominally he was honouring them, but his real purpose was to increase his revenues by this means, inasmuch as aliens did not have to pay most of these taxes. But apart from all these burdens, we were also compelled to build at our own expense all sorts of houses for him whenever he set out from Rome, and costly lodgings in the middle of even the very shortest journeys; yet he not only never lived in them, but in some cases was not destined even to see them. Moreover, we constructed amphitheatres and race-courses wherever he spent the winter or expected to spend it, all without receiving any contribution from him; and they were all promptly demolished, the sole reason for their being built in the first place being, apparently, that we might become impoverished. Cassius Dio, *Roman History*, vo. 11, translated by E. Cary, H. B. Foster, Harvard University Press 1914.

Dio Cassius points out to quite large public spending on the army and waging war. The public facilities have also been built, including amphitheatres. As a result, the taxes have been raised, among others - from 5% to 10% the tax from the slave's liberation. It is for financial reasons that, according to Dio Cassius, all inhabitants of the Empire, with the exception of *peregrines dedetici*, were granted Roman citizenship²⁸. In this way, the emperor was provided with a greater income to the tax office for public purposes.

However, it is not the goal of citizenship of the inhabitants of the Empire that is the most important here. It is much more intriguing to look for answers to the question about the impact of this edict on law system. In the search for answers to them, it is necessary to realize two problems. The first one concerns the law-making process. It seems that in this case, the edict of Caracalla did not bring any major changes. At that time, the emperor was the only source of law-making.

The second problem was more important and that is, the application of the law. Granting the citizenship to almost all the inhabitants of the Empire meant that they were forced to apply the Roman law, especially in the area of private law.

In ancient Rome, the principle of personality of the enforcement of law was applied, that is, everyone adhered to the law of the country of citizenship, regardless of where they live. It was therefore normal that the *peregrines* living in Rome used their own law.

A certain bridge between the Roman citizens and *peregrines* was *praetor peregrinus*, who created and applied legal regulations created for the purpose of resolving disputes between *cives romanorum* and *peregrines*. In this way, the peregrines used not only their own law. Under the Roman law, the provisions of Praetor's law were created, mainly aimed at serving *peregrines*.

In this situation, there are some concerns and questions. Was the Praetor's law used by at least some of peregrines on sufficient level to allow new citizens of the Empire to apply Roman law in practice day by day? And – what were the consequences for Roman law to grant the citizenship to almost all inhabitants of Empire?

Undoubtedly, the primary effect of the Caracalla's edict was the abolition of the division of the legal system into *ius civile* and *ius gentium*. From year of 212, all the inhabitants of the Empire had to apply this first law. In the Romanist doctrine, there is no unambiguous opinion on the relation of Roman law to local laws, applicable after 212. According to Ludwig Mitteis, the local laws have become forbidden customs. In turn, Ernst Schönbauer built a hypothesis about the existence of dual citizenship, thanks to which two legal systems

²⁸ F. N. HEICHELHEIM, *The text of the Constitutio Antoniniana and three other decrees of the Emperor Caracalla contained in papyrus Gissensis 40*. Journal of Egypt. Arch. XXVI (1941), p. 10ff.

could exist side by side. Modrzewski claimed that the local legal systems were reduced to the level of local customs of secondary importance. Mario Amelotti showed that Diocletian and Constantine the Great limited the influence of local law on practice²⁹.

Max Kaser analyzed the effects of *Constitutio Antoniana* in terms of the division of the Empire into the eastern and western parts. In the western part of the Empire, the knowledge of Roman law was quite good in Italy. However, the further away from this part of the Empire, the knowledge of Roman law by the population and by the offices applying this law was getting weaker. The Roman law was simplified or even falsified. Nowadays, this process is called the vulgarization of Roman law³⁰. In turn, in the eastern part of the Empire, the Roman legal culture was largely alien to the Greek culture. Although, in numerous papyri, there are examples of referring to the Roman law while performing the legal acts, the actual influence of the Roman law on practice was very small. The local population applied its law, which took the position of local customs³¹.

The dilemmas related to the effects of the introduction and the implementation of Roman citizenship in the year 212 do not translate into questions and issues about the European Union citizenship. The basic difference here is that the principle of territoriality of the law is currently being applied. Everyone, even not a citizen, must comply with the legal provisions applicable in the territory of a given country. Citizenship of the European Union, as subsidiary, does not abolish the citizenship of a Member State, but it is an auxiliary citizenship to it.

The European Union's law system is characterized by its high dynamics, hence it is impossible to comprehensively present the question of its relation to the national law of the Member States. The *acquis communautaire* includes primary and secondary law. The primary or treaty law is directly present in the legal order of the Member States. From the secondary law, only the resolutions are directly applicable and the directives require appropriate transposition into the legal system of the Member States. There is also a different way of creating the European Union law than in ancient Rome or nowadays in the individual Member States. The European Union law is an expression of the will of the

²⁹ K. TUORI, *Legal Pluralism and the Roman Empires*, J. W. Cairns, P. du Plessis, *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, p. 42 (pp. 39-52). M. AMELOTI, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht: Vecchi problemi e nuovi documenti* SDHI 65/1999, pp. 213-214.

³⁰ E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht.-Weimar. Vol. 2*; Böhlau Nachfolger, Böhlau 1956.

³¹ M. KASER, *Römisches Privatrecht*, C. H. Beck, München 1983, p. 30 s.

representatives of the Member States –the will which is sometimes expressed in quite specific procedures³².

V. CONCLUSIONS

In the final conclusions, it is necessary to raise one more important issue, namely - the stability of the legal system and legal security as a result of the introduction of new citizenship, the Roman and the European Union citizenship. This issue is important because in both cases the legal provisions and regulation with a quite different philosophy and with different procedures for the creation and application of legal provisions were mixed.

It seems that a much easier situation was in the case of granting the Roman citizenship to almost all inhabitants of the empire. According to the principle of the law's personality, it had to be assumed that the Roman law would be dominant. Therefore, it would not be appropriate to use other law or those laws will be marginal. The granting of Roman citizenship to the inhabitants of the Empire also resulted in the fact that the principle of personality was replaced with the principle of territoriality of the law. In practice, however, low knowledge of the Roman law in the provinces and the lack of cultural unification of the Empire caused such phenomena as vulgarization of the law or even non-use of it, as it was in the Eastern provinces. One could say that the introduction of Roman citizenship and the imposition of the Roman legal system on the inhabitants of the Empire have indeed led to an increase in legal uncertainty, especially in the area of its application.

The issue of legal certainty of the law in the European Union is different in the context of the European Union citizenship. The analysis of the provisions on citizenship of the Union (Articles 23-25 of TFEU) does not provide any guidance on the primacy of the European Union law or the rules for its application. The citizenship of the Union is additional to the law of the Member States. As a rule, it is valid within the European Union, however, the legal acts addressed only to specific countries may be issued, as it took place for example in the case of decisions regarding the control of African swine fever virus (ASF) among wild boars. Based on the article 2, paragraph 1 of the TFEU, according to treaties, the Union's institutions may have exclusive com-

³² M. SZPUNAR, *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej w stosunkach cywilno-prawnych*, Prawo w działaniu. Sprawy cywilne 20/2014, pp. 94-108; K. WÓJTCWICZ, *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, pp. 4-8.

petence only in a specific field. Without entering into a fairly complex system of the European Union law and the way it is applied and used, it should be noted that it is more focused on solving rather the EU problems than local problems. The issue of legal certainty has been left to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union. The law of member states must, more and more, be adapted to European Union law, however, the unification takes place mainly at the level of application of Union law by the authorities and offices of the Member States.

REFLEXIONES SOBRE EL MANDATO IMPERATIVO: EXPERIENCIA ROMANA Y CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Reflections on the binding mandate: roman experience and modern constitutionalism

ANDREA TRISCIUOGLIO
Università di Torino (I)

Resumen: En este artículo trataremos de analizar las características del mandato imperativo que los delegados de las ciudades recibían antes de participar en las asambleas provinciales (*concilia*) en la época imperial. Tendremos como telón de fondo las teorías constitucionales europeas y latinoamericanas favorables a formas de democracia directa, conforme al modelo romano republicano propugnado por Rousseau.

Palabras-clave: Participación ciudadana; mandato imperativo; *lex municipii*; *munus legationis*; *repetundae*.

Abstract: In the paper we will try to analyse the characteristics of the binding mandate that the municipal delegates received before taking part in the provincial assemblies (*concilia*) in the imperial age. In the background of the survey there are the European and Latin American constitutional theories which are favourable to forms of direct democracy, in accordance with the Roman republican model supported by Rousseau.

Keywords: Participatory democracy; binding mandate; *lex municipii*; *munus legationis*; *repetundae*.

SUMARIO: I.–Premisa. II.–A propósito de las funciones de los *concilia* provinciales. III.–El *marmum Tauriniacum* y el mandato imperativo. IV.–A propósito de los sujetos obligados a asumir el *munus legationis* en el municipio. V.–Observaciones conclusivas.

I. PREMISA

Debemos reconocer que el modelo constitucional romano republicano fundado en la soberanía popular y valorado en el siglo XVIII por Rousseau ha sido, por el momento, históricamente un perdedor en la Europa contemporánea (excepto, se puede decir, para Suiza); de hecho, el modelo parlamentario anglosajón prevaleció, caracterizándose, entre otras cosas, por la ausencia de un mandato imperativo entre los votantes y los representantes elegidos. Sin embargo, no es así en muchos países latinoamericanos, donde están arraigados instrumentos diferentes y más numerosos de participación ciudadana, entre los cuales es oportuno recordar aquí la revocatoria de mandato ¹.

Giovanni Lobrano se ha dedicado en particular en las últimas décadas a desenmascarar una operación cultural hecha en el siglo XIX para «sobrescribir» la forma de gobierno medieval-moderna, que es estatal y representativa, sobre la forma de gobierno antigua, que es en cambio cívica y participativa ². El mismo Autor ha señalado, entre los historiadores del derecho romano, un olvido no casual de las asambleas provinciales (*concilia, koiná*), que, aunque se consolidaron en la etapa imperial, tendrían una base democrática-participativa. Lobrano observa que la institución republicana-imperial romana de las asambleas provinciales de las ciudades es la piedra desechada (que se olvida programáticamente) por los romanistas contemporáneos, precisamente porque es la piedra angular de las construcciones jurídicas democráticas proto-contemporáneas: tanto de la revolución francesa como de la independencia latinoamericana ³. Según este Autor los *concilia* representarían un instrumento participativo extraordinario, gracias al cual una deliberación ciudadana colectiva sobre asuntos de interés ultramunicipal se podría llevar a un segundo nivel más alto, el federal de los municipios ⁴, desarrollando aquel proceso democrático de toma de deci-

¹ Cfr. al respecto RODRIGUEZ, S., *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli 2017, p. 90 ss.

² Cfr. recientemente LOBRANO, G., «Mezzi per la difesa della libertà» e «forme di governo», en *Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos. Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso (Torino, 8-9 settembre 2016). Con la Carta di Torino per una nuova Difesa cívica*, a cura di A. Trisciunglio, Milano 2018, p. 220 ss. Sobre la idea de participación en la constitución de la República romana vid. VALMAÑA-OCHAÍTA, A., *Democracia en la antigüedad*, en *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad* (coord. A. Valmaña-Ochaíta), Santiago de Compostela 2013, p. 189 ss.

³ Cfr. LOBRANO, G., *Per la Repubblica: «rifondare la Città con le leggi»*. *Dal Codice cívico al Codice cívile attraverso le Assemblee di Città*, en *Città e diritto. Studi per la partecipazione cívica. Un «Codice» per Curitiba*, a cura di D. D'Orsogna – G. Lobrano – P.P. Onida, Napoli 2017, p. 31; vid. también ID., «Mezzi per la difesa» cit., p. 227.

⁴ Cfr. LOBRANO, G., *Per ri-pensare giuridicamente le «città» e, quindi, l'«impero»: i «concili provinciali»*, en *Ius Romanum* 2 (2017), p. 15 ss.

siones que, según la teoría de Rousseau, solo se puede concebir con respecto a ciudades pequeñas y a las confederaciones de las mismas⁵. Los *concilia*, de hecho, aunque estructurados con su propio personal y patrimonio, no son parte de la administración imperial, no tienen funciones en el ámbito normativo o administrativo-fiscal⁶. Más bien realizan funciones importantes culturales en honor del emperador y de Roma, lo que les permite, a través de la vía religiosa, establecer una comunicación directa con el emperador, sin tener que acudir al mismo por medio de los funcionarios intermedios (por lo menos antes del siglo IV d.C.⁷); y, sobre todo, como pronto veremos con más detalle, aparecen como instituciones de control sobre la conducta de los gobernadores provinciales (nombrados por el emperador), siendo los *concilia* dotados de una autonomía completa que, en última instancia, se basa en una cierta autodeterminación también reconocida a las ciudades que están incluidas en la provincia.

En cuanto a los intentos de afirmar en América Latina el antiguo esquema republicano-romano (definible como democrático-participativo) que consta de dos niveles: el municipal y el federativo (donde toman decisiones los delegados de los municipios ligados por mandato imperativo), Lobrano recuerda los proyectos constitucionales de principios del '800 que tienen inspiración rousseauiana (el de Francisco de Miranda, el de José Gaspar Rodríguez de Francia en Paraguay, especialmente el de Simón Bolívar que planea construir «una república de repúblicas» en América Latina), así como las propuestas de los diputados de América incorporadas en la Constitución de Cádiz de 1812⁸. De acuerdo con estos proyectos, la voluntad popular colectiva que se forma a nivel municipal debe luego ser llevada a otra asamblea que corresponda al nivel federal superior de las ciudades; una construcción que, de hecho, es contraria al modelo constitucional británico basado en la representación y en el centralismo.

Considerando, por lo tanto, la importancia del debate actual sobre las posibles ventajas y desventajas de la democracia directa con respecto a la democracia así llamada representativa (en esta fase de crisis de los partidos políticos, donde parece inadecuada una democracia minimalista, de estilo schumpeteriano, en la cual la soberanía del pueblo se ejerce solo en el momento de

⁵ Cfr: LOBRANO, G., *Per la Repubblica cit.*, p. 48 ss.; ID., *Per ri-pensare cit.*, p. 3 ss.

⁶ Cfr: EDELMANN-SINGER, B., *Koina und Concilia. Genese, Organisation und sozioökonomische Funktion der Provinziallandtage im römischen Reich*, Stuttgart 2015, esp. pp. 25, 302.

⁷ En el imperio tardío las decisiones de los *concilia* (*decreta provinciarum*) se sometían a un examen preliminar confiado al gobernador o al prefecto del pretorio antes de la transmisión a la corte imperial: cfr: AMOROSO, C., *Governatori ed élites provinciali nel Tardo Impero: il ruolo dei concilia*, en *KOINONIA* 28-29 (2004-2005), p. 76 y nt. 43.

⁸ Cfr: LOBRANO, G., *Per la Repubblica cit.*, p. 50 ss.

elecciones libres de los representantes políticos⁹), creo que es útil abordar unas ideas de Giovanni Lobrano que se encuentran en su notable esfuerzo para reconstruir los desarrollos (fracasos y éxitos) del modelo romano-republicano hasta nuestros días, con el intento de profundizar cómo se caracterizaron los instrumentos que podríamos considerar de democracia directa en la experiencia romana. Pues merece una reflexión suplementaria, a mi juicio, el tema del mandato imperativo vinculante para los delegados municipales que toman parte en la asamblea provincial (*concilium*); tenemos que verificar si los mismos eran simples portavoces de la voluntad colectiva expresada por su *civitas*, o bien eran representantes dotados de un amplio margen de discrecionalidad en el debate y toma de decisiones en el superior nivel federal. Pero primero debemos dar una rápida mirada a las funciones de las asambleas provinciales.

II. A PROPÓSITO DE LAS FUNCIONES DE LOS *CONCILIA* PROVINCIALES

Se ha dicho anteriormente que no podemos considerar los *concilia* como una estructura jerárquicamente enmarcada en la administración imperial. Las funciones que se les atribuyen, por otra parte, si excluimos las de culto, se reducen esencialmente a un *ius postulationis* general que puede ejercerse directamente en la corte imperial, a través de embajadores calificados, en asuntos de interés provincial¹⁰. El hecho es que este poder no es insignificante, ya que puede llegar hasta la acusación de corrupción (*repetundae*) en atención al gobernador provincial. El *concilium* provincial debido a esta función puede también entenderse como una institución autónoma de control sobre la conducta del gobernador provincial y parece ser reducido atribuirle solo funciones de culto del emperador¹¹.

⁹ Sobre la contraposición entre la idea delegativa de la soberanía y la participación política del pueblo, que se manifiesta en las formas de democracia directa (el referendium, la destitución popular, la apelación popular de sentencias, audiencias públicas, etc.), vid. CONSTENLA, C. R., *Rousseau: la búsqueda de una rejuvenecida democracia*, en *Il principio della democrazia. Jean-Jacques Rousseau. Du Contrat social (1762)*, a cura di G. Lobrano e P.P. Onida, Napoli 2012, p. 327 s.

¹⁰ Estas embajadas son organizadas o bien conducidas por el presidente de la asamblea (el *sacerdos provinciae*): cfr. al respecto ZUDDAS, E., *Osservazioni sui coronati Tusciae et Umbriae*, en ὄρυος, *Ricerche di storia antica* 5 (2013), p. 108.

¹¹ *Contra*, en cambio, LEMOSSE, M., *Le régime des relations internationales dans le haut-empire romain*, Paris 1967, p. 185 s.; para una consideración más amplia de las funciones del *concilium* véase, por ejemplo, FISHWICK, D., *The Imperial Cult in the Latin West. Studies in the Ruler Cult of the Western Provinces of the Roman Empire*, vol. I.1, Leiden 1987, p. 136 s.

Este control en verdad no se materializaba solo en la acusación de carácter penal, sino que podía terminar con demostraciones públicas de agradecimiento, que, sin embargo, no tenían el valor legal de «condición de no punibilidad» del gobernador. De hecho, limitado a la experiencia romana, podemos estar de acuerdo con Voltaire, quien, refiriéndose a la clase de los Mandarines (funcionarios literatos), elogia el sistema de selección de los funcionarios del gobierno chino, observando que la constitución del imperio chino es la «única» en la que se castiga al gobernador provincial cuando, al abandonar el cargo, no recibe las aclamaciones favorables del pueblo. Y Voltaire añade que es la única que ha establecido premios por virtudes, en otros países las leyes se limitan a castigar los crímenes¹². En el imperio romano, en efecto, no era necesario, a diferencia del imperio chino, la aprobación formal de los administradores por parte de los sujetos administrados para evitar una acusación; más bien en algún momento están prohibidos eventos similares (especialmente en los días que siguen a la salida del cargo del gobernador), los cuales eran muy útiles para la progresión de la carrera política del ex-gobernador.

Ya Augusto (11 d.C.) prohíbe otorgar *honores* tanto durante el cargo como en los 60 días después de la salida, y de Dion Casio (*Hist.* 56.25.6) aprendemos la razón de esta provisión: hubo gobernadores que determinaron, gracias a falsos testimonios, apreciaciones similares¹³. Esta prohibición se refiere expresamente a los *concilia* de las provincias en una posterior *oratio principis* de Nerón, transpuesta en un senadoconsulto del 62 d.C., mencionado por Tac., *Ann.* 15.22.1: «*Mox auctore principe sanxere (scil. los senadores), ne quis ad concilium sociorum referret agendas apud senatum pro praetoribus prove consulibus grates, neve quis ea legatione fungeretur*». Según este senadoconsulto está prohibido (pensaría ante todo en los delegados municipales) proponer en la asamblea provincial agradecimientos oficiales para los gobernadores provinciales a presentar en el senado romano y además participar en una embajada que tenga este propósito¹⁴.

¹² Vid. VOLTAIRE, voz «Cina» en *Dizionario filosofico* (1764), ed. Torino 1995, p. 112; además, IEVA, L., *Fondamenti di meritocrazia*, Roma 2018, p. 30 s.

¹³ Sobre el texto de Dion Casio citado cfr. SERRAO, F., *Il frammento Leidense di Paolo. Problemi di diritto criminale romano*, Milano 1956, p. 11.

¹⁴ Con respecto a Tac., *Ann.* 15.22.1 cfr. SERRAO, F., *op. loc. cit.*; DE DOMINICIS, M., *Il «concilium provinciale» nell'organizzazione amministrativa del basso impero*, en *Scritti romanistici*, Padova 1970, p. 298; MAROTTA, V., *Conflitti politici e governo provinciale*, en *Politica e partecipazione nelle città dell'impero romano* (ed. F. Amarelli), Roma 2005, p. 196 nt. 227.

En otro texto que viene de las *Pauli Sententiae* (del *Codex Leidensis*)¹⁵, y que no pasó en el *Breviarium Alaricianum* ni tampoco en el Digesto de Justiniano, se enmarca en el *crimen repetundarum* una pluralidad de conductas ilícitas: 1) la propuesta de otorgar *honores* al gobernador en la *curia* (el senado) municipal o bien en el *concilium* provincial; 2) el voto de la misma propuesta; 3) la actividad que podríamos llamar de lobby en este ámbito. Lo que me parece importante subrayar aquí es que no se contempla la posibilidad que estas actuaciones ocurran en las asambleas populares locales (*comitia*), a pesar de que aún en el siglo III, y según unos autores en el inicio del IV, los *comitia* siguen funcionando en las *civitates*¹⁶. Lo que queda por preguntar, en el silencio del texto, es si los *honores* prohibidos conciernen a un gobernador solo cuando todavía está en el cargo (o apenas acaba de cumplir sus deberes). La respuesta, creo, debe ser afirmativa, si el fundamento de la disposición era evitar que el gobernador actuase en contra del parámetro del *bonus praeses* simplemente para obtener la aprobación por parte de los provinciales tan importante para el progreso de su carrera política.

El *ius postulationis* del *concilium* provincial podía, por lo tanto, concretarse en una acusación *de repetundis* más que en la solicitud de *honores* en favor del gobernador; pero sabemos muy poco sobre el procedimiento de esta forma rigurosa de control «desde abajo»¹⁷. Algunas indicaciones provienen del mármol de Thorigny, que tiene aquí una cierta importancia ya que a la luz de esta inscripción podríamos argumentar que, al votar la acusación del exgobernador, los delegados municipales a la asamblea provincial debían observar un «mandato imperativo» dado por su propia ciudad. Si fuese así, los mismos serían simples portavoces en lugar de representantes autorizados para reemplazar con su propia voluntad la de los representados, posiblemente de acuerdo con el desarrollo de la discusión de la asamblea.

III. EL MARMUM TAURINIACUM Y EL MANDATO IMPERATIVO

El así llamado mármol de Thorigny (*marmor Tauriniacum*) es en realidad la base de una estatua que tiene inscripciones en tres de sus lados. En la facha-

¹⁵ Cfr. P.S.5.28A: «*Lege repetundarum tenetur quicumque in curia vel concilio auctor fuerit honoribus praesidi comitibusque eius decernendis decretumve super ea fecerit faciendumve curaverit*»; SERRAO, F., *op. cit.*, p. 5 ss.

¹⁶ Cfr. especialmente RODRÍGUEZ NEILA, J. F., *Los comitia municipales y la experiencia institucional romana*, en *Le quotidien municipal dans l'Occident romain* (direz. Cl. Berrendonner, M. Cébeillac-Gervasoni, L. Lamoine), Clermont-Ferrand 2008, p. 313 ss., y las fuentes allí citadas.

¹⁷ Así MAROTTA, V., *Conflitti politici cit.*, p. 197.

da principal se encuentra la dedicación a *Titus Sennius Sollemnis*, notable de la *civitas Viducassium* (*Aregenua*, hoy Vieux-la-Romaine en Normandía) que alcanzó el sacerdocio más alto de las *Tres provinciae Galliae* probablemente en los años 219-221 d.C.¹⁸. En el lado derecho de la base se encuentra la transcripción de una carta oficial de un prefecto del pretorio, que data aproximadamente 223 d.C.¹⁹. De esta carta deducimos que *Titus Sennius Sollemnis*, en el consejo provincial de Gallia (estamos probablemente en el año 220 d.C.) se había opuesto con éxito al intento de unos delegados de acusar al ex-gobernador de Lugdunense, *Claudius Paulinus*. A nosotros nos interesa el argumento que *Sollemnis* usa para obstaculizar la iniciativa acusatoria: «... *provocatione scilicet interposita quod patria eius cum inter ceteros legatum eum [Titus Sennius Sollemnis] creasset, nihil de actione mandassent, immo contra laudassent*» (*CIL. XIII.3162.III*, ll. 21-25). Entonces *Sollemnis* ante el *concilium* declara que no puede acceder a la propuesta de acusar al ex-gobernador porque no recibió un conforme mandato por parte de su ciudad en el momento en que fue nombrado junto con otros delegados; más bien, él recuerda en la asamblea que su ciudad había expresado elogios hacia el ex-funcionario de Lugdunense. Parece que la ciudad de *Sollemnis* no había dado a los delegados una orden específica de no acusar, sino que simplemente no había dicho nada sobre este punto («*nihil de actione mandassent*»). Así que *Sollemnis* intervino en el *concilium Galliarum* a propósito de un tema (la acusación de *Claudius Paulinus*) que estaba fuera del mandato que había recibido y afirmó, entonces, que no podía votar sobre un argumento que no estaba incluido en la *legatio*. ¿Se trata de un argumento jurídico? Creo que sí.

Debe tenerse en cuenta que la ciudad de *Sollemnis* (*civitas Viducassium*) se había convertido en una colonia latina²⁰ y por lo tanto podría ser regulada por la disposición que se encuentra en el capítulo 47 de la *lex Irnitana*²¹. El capítulo en cuestión se refiere al *munus legationis* ya mencionado en la *Lex*

¹⁸ Véase al respecto VIPARD, P., *Marmor Tavriniacvum. Le marbre de Thorigny (Vieux, Calvados). La carrière d'un grand notable gaulois au début du troisième siècle ap. J.-C.*, Paris 2008, esp. p. 87 s.; sobre *Titus Sennius Sollemnis* vid. también FISHWICK, D., *The Imperial Cult cit.*, vol. I.2, p. 361 ss.; EDELMANN-SINGER, B., *Koina cit.*, pp. 207 s., 256.

¹⁹ Se detiene en este «*exemplum epistulae*» MAROTTA, V., *Conflitti politici cit.*, p. 197 ss.

²⁰ Cfr. VIPARD, P., *Marmor Tavriniacvum cit.*, p. 140 ss., espec. p. 148.

²¹ *Lex Irnit.*, cap. 47: «*R(ubrica). De eo qui non ex decreto decurionum legatione functus erit. Ne quis legatus adversus mandata decurionum conscriptorumve facito, neve dicit, neve d(olum) m(alum) adhibeto quo quit adversus mandata decurionum conscriptorumve fiat, quoque tardius peragetur renuntietur legatio. Qui adversus ea fecerit sciens d(olo) m(alo),/ quanti ea res erit in qua adversus ea quid factum erit, tantum / d(amnas) esto dare; eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi eius municipi qui volet cui <que> per h(anc) l(egem) licebit actio petitio perse-/cutio esto*»; comentado por TORRENT, A., *Legati municipales: Lex Irnitana caps. 44-47*, en *BIDR.* 106 (2012), p. 374 ss.

Ursonensis (capítulo 92) y no cabe duda que lo mismo atañe también a los embajadores irnitanos enviados al *concilium Baeticae*, que ya se convocaba hacia el final del primer siglo d.C.²². Lo que el estatuto de Irni prohibía a los *legati* era hacer, decir y actuar dolosamente en dirección opuesta al mandato recibido de los *decuriones*, o demorar la embajada o el informe al respecto. Sin embargo, la expresión «*adversus mandata*», que leemos en el dicho capítulo de la *lex Irnitana*, podría indicar no solo una contrariedad específica a los decretos de los senadores locales, sino también una intervención sobre un asunto que no era contemplado expresamente por el mandato. En otras palabras, los embajadores debían adaptarse escrupulosamente a las instrucciones recibidas tanto en el *facere* como en el *dicere*. Cuando *Sollemnis* se opone en el *concilium* de las *Tres Galliae* a la acusación del ex-gobernador parece respetar esta regla.

IV. A PROPÓSITO DE LOS SUJETOS OBLIGADOS A ASUMIR EL *MUNUS LEGATIONIS* EN EL MUNICIPIO

Para darse cuenta del grado de «democracia» en el ámbito del proceso de formación de la voluntad colectiva en los dos niveles (municipal y provincial) identificados por Giovanni Lobrano, es necesario cuestionar quiénes debían tomar la decisión de formar y enviar una delegación municipal y cuál era la procedencia de los delegados enviados al consejo provincial. En este sentido, existe una opinión doctrinal generalizada y concordante, que encuentra numerosos hallazgos en las fuentes, especialmente con respecto a la parte occidental del imperio, según la cual las *legationes* municipales fueron objeto de deliberación senatorial y estuvieron formadas por senadores locales nombrados entre los mismos *decuriones*²³. Después de todo, ellos eran los únicos en la ciudad que presumiblemente tenían la capacidad económica de sufragar los gastos de viaje (no siempre cubiertos por el municipio²⁴), la ausencia prolongada de su ciudad y, en caso de participación en los *concilia provinciarum* como presidentes de la asamblea (*sacerdotes provinciae*), los gastos de culto y los necesarios para organizar los juegos de gladiadores en honor del emperador. Mien-

²² Cfr. MAROTTA, V., *Conflitti politici cit.*, p. 200.

²³ Cfr. *ex multis* LARSEN, J. A. O., *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkeley-Los Angeles 1966, p. 138 s.; JACQUES, F., *Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain (161-244)*, Rome 1984, p. 322 s.; MAROTTA, V., *Conflitti politici cit.*, p. 199; RODRÍGUEZ NEILA, J. F., *Las legationes de las ciudades y su regulación en los estatutos municipales de Hispania*, en *Gerión* 28 (2010), pp. 235-240.

²⁴ Con respecto a las *legationes gratuitae* ver JACQUES, F., *Le privilège de liberté cit.*, p. 323 y nt. 2; TORRENT, A., *Legati municipales cit.*, p. 373.

tras que los *comitia* de los *municipes* parecen excluidos de cualquier decisión en este ámbito. Esta exclusión ahora se confirma también a la luz del estatuto de *Troesmis* (177-180 d.C.)²⁵: según el cap. 11 la propuesta de enviar una *legatio* (con indicación de la actividad a cumplir, el número de participantes y el día de comienzo de la misión) debe ser formulada por los *IIviri* y aprobada por los *decuriones*²⁶.

En verdad se hace mención de una forma de participación de los ciudadanos de *Troesmis* en el mismo cap. 11²⁷, pero hay que subrayar dos aspectos. En primer lugar, no se hace referencia al *comitium* de los ciudadanos, sino a la *contio*, es decir, a una reunión informal de ciudadanos que no contempla un procedimiento riguroso para convocar todos los *municipes* de *Troesmis*. En segundo lugar, la *contio* ciertamente no tiene ningún rol en el proceso de toma de decisiones, pero solo sirve para implementar, en atención a una embajada ya aprobada por los *decuriones*, un tipo de notificación por medio de «proclamaciones públicas» en beneficio del *legatus* nombrado que no es alcanzable para ser informado de la tarea recibida (incluso a través de su procurador)²⁸. El intervalo normal de al menos cinco días entre la notificación y el día de la salida de los embajadores se justifica con toda claridad con la necesidad que los mismos se puedan preparar para el viaje²⁹.

Una mirada rápida al origen social de los delegados que toman parte en los consejos provinciales en el período imperial tardío, a la luz de las fuentes jurídicas, confirma, en mi opinión, que incluso en este período los *legati* provenían normalmente de las élites locales, identificadas según distintas categorías socioeconómicas (*principales, honorati, possessores*)³⁰, y que las asambleas po-

²⁵ Cfr. ECK, W., *La loi municipale de Troesmis: données juridiques et politiques d'une inscription récemment découverte*, en *RHDFE*. 91 (2013).II, p. 201 s. Sobre el problema si la *lex Troesmensium* funda un municipio de ciudadanos romanos o latinos vid. MENTXAKA, R., *Apunte sobre el municipio de Troesmis: Cives Romani Latinive cives?*, en *Der Bürge einst und jetzt. Festschrift für Alfons Bürge* (herausg. U. Babusiaux, P. Nobel, J. Platschek), Zürich-Basel 2017, p. 483 ss.

²⁶ *Lex Troesmensium*, cap. 11 (ed. ECK, W., *Die lex Troesmensium: ein Stadtgesetz für ein municipium civium Romanorum*, en *ZPE*. 200 [2016], p. 579 s.): «Cum legatum unum pluresve rei communis municipium munic(ipit) M(arci) Aurel(i) Antonini Aug(usti) Troesmens(ium) causa aliquo mitti opus erit, tum duumvirorum, <qui> i(ure) d(icundo) p(rae)erunt, ambo alterve ad decurion(es) conscriptosve referro, quot legatos et quo mitti quoque die eos exire oporteat; cum ita relatum erit, quot legatos quam in rem quoque die exire oportere eos, qui legati sunt, dec(ur)iones conscripti censuerint...».

²⁷ Cfr. la prosecución del texto reproducido en nt. 26: «...dum, quot ad <quem> diem quo eund<u>m legatis sit pertinebit, ita censerí possit non minus quam ante diem quintum i(i)s, qui delegationem ituri erunt, procuratoribusve eorum aut at domum denuntiari vel in contione pronuntiari...».

²⁸ Ver también, en el mismo sentido, MENTXAKA, R., *Divagaciones sobre la legislación municipal romana a la luz de la lex Troesmensium*, en *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. V, a cura di I. Piro, Lecce 2016, pp. 17-19, donde la Autora supone que aún en *Troesmis* los *legati* tenían que ser designados entre los *decuriones*.

²⁹ Cfr. ECK, W., *La loi municipale cit.*, p. 203.

³⁰ Cfr. *praecipue* AMOROSO, C., *Governatori cit.*, p. 72 ss.

pulares de las ciudades no tenía ninguna competencia en este ámbito. Por otro lado, la referencia a la participación de la plebe en el *concilium* que leemos en una constitución de Teodosio I de julio de 392 (C.Th. 12.12.12.1-2)³¹ y que hizo pensar a unos autores en un cambio democrático-participativo en las asambleas provinciales del imperio tardío³², no puede, creo, interpretarse en el sentido que la plebe fuese una componente votante dentro del consejo. Es mucho más probable que el emperador admitiera en el lugar de reunión abierto al público (ver C.Th.12.12.13, siempre de Teodosio I, en el mismo año 392)³³ la población presente en el centro federal donde se celebraba el *concilium* y que la misma pudiese ejercer presión sobre los votantes, por ejemplo, con las aclamaciones, sin participar en la votación, que quedaba reservada para los *primates*, representantes de las distintas ciudades de la provincia³⁴.

V. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

La verificación de la presencia de instrumentos que podríamos considerar de participación ciudadana en la experiencia romana nos llevó a investigar el grado de democracia presente en los procesos de toma de decisiones concebidos en el marco periférico del imperio, procesos en los que están involucrados tanto las instituciones públicas municipales como el *concilium provinciae*.

Del mármol de Thorigny puede de hecho deducirse, para el inicio de la segunda década del siglo III d.C., la existencia de un mandato imperativo que vincula a los delegados municipales enviados al *concilium* a instrucciones precisas dadas por su comunidad de pertenencia, de acuerdo con el esquema de la representación típicamente romana de actuar «a través de otros», profundamente

³¹ CTh.12.12.12.1-2: «*Ad provinciale concilium in una frequentiore totius provinciae urbe cunctos volumus convenire, qui primatum honorantur insignibus, exceptis praefectoriis, quos dignitatibus ampliatos indignum a consiliantibus praeteriri, indignius vero ad publicum cum honoris iniuria devocari; unde honestum esse censemus de singulis quae tractanda erunt intra domos suas eos consuli. Ut nec plebi mixta dignitas inclinetur nec eius, cuius praesentiae copia deerit, probatum in re publica consilium neglegatur; scilicet ut in loco publico de communi utilitate sententia proferatur atque id, quod maioris partis probarit adsensus, sollemnis firmet auctoritas*».

³² Ver MARTINI, R., *Sulla partecipazione popolare ai concilia provinciali nel tardo impero*, en AARC. XIII Convegno Internazionale (in memoria di A. Chastagnol), Napoli 2001, p. 713 ss.; además, PIETRINI, S., *Situazione della giustizia e diritto nella Gallia romana della seconda metà del V secolo. La testimonianza di Sidonio Apollinare. Alcune osservazioni*, en KOINONIA 38 (2014), p. 206.

³³ CTh.12.12.13.pr.: «*Inde quod in consilium communia vota deducunt, vel in aede publica vel in aliqua fori parte tractetur, ad quam omnium possit esse concursus, ne quid dispositio paucorum tegat, quod in communem utilitatem expetat sollicitudo cunctorum*».

³⁴ En este sentido también MARTINI, R., *Sulla partecipazione popolare cit.*, p. 716.

diferente del moderno actuar «para otros»³⁵. Pero se deben enfatizar dos aspectos a este respecto que permiten, creo, una comparación más adecuada entre la experiencia romana y las experiencias constitucionales modernas, dentro del debate que concierne a la cuestión si para «el óptimo estado» son preferibles las formas de democracia directa o bien las formas de la así llamada democracia parlamentaria. Hay que tener en cuenta, por un lado, que el mandato imperativo vinculante para los legados municipales se refería a temas muy limitados que reflejaban las competencias limitadas, de «diplomacia interna», atribuidas a las asambleas provinciales, titulares de un *ius postulationis* en la corte imperial; *ius postulationis* que, sin embargo, tenía una cierta importancia a los efectos del correcto funcionamiento de la administración imperial descentralizada, cuando podía volverse en una acusación *de repetundis* contra el gobernador provincial.

Por otro lado, el momento de toma de decisiones del primer nivel, el municipal, resulta muy poco democrático, dado que son los *decuriones* quienes deliberan dentro del senado local las instrucciones que deben darse a los embajadores de la ciudad; mientras que los *comitia* populares están excluidos de esta función, incluso en el siglo I-III d.C. cuando tales asambleas de ciudadanos locales aún están activas. Entonces, no la voluntad del *demos*, sino la voluntad de la élite de la ciudad se lleva al *concilium* de la provincia. Además, los legados municipales no se nombran entre los *cives*, sino que normalmente pertenecen al *ordo decurionum* y por lo tanto tienen también la posibilidad económica de soportar el peso del *munus legationis*.

Sin embargo, no falta en el marco considerado aquí, una institución de participación popular, cuya operabilidad depende sin embargo, a mi juicio, de una condición relacionada a la exigencia de conservar el patrimonio público de la ciudad, y que no es capaz de poner en duda el cuadro general que hemos trazado, dentro del cual no se vislumbran áreas de participación de los *cives* en las elecciones *lato sensu* políticas. Me refiero a la previsión de la *actio popularis* en el cap. 47 de la *lex Irnitana* que ya hemos mencionado³⁶. La violación del mandato imperativo por parte del *legatus* lo expone a una acción presentada por el *quivis de populo* pero a una condición precisa, que se une a la existencia del elemento intencional («*sciens dolo malo*»): que exista un daño patrimonial sufrido por el municipio³⁷. Es difícil en verdad imaginar un daño producido al

³⁵ Vid. ONIDA, P. P., «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici sulla «rap-presentanza» I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Napoli 2018, en particular p. 103 s., en atención al análisis de Max Weber sobre la diferencia entre la idea antigua de representación política y la moderna.

³⁶ El texto se encuentra reproducido *supra*, nt. 21.

³⁷ Cfr. MURGA, J. L., *Las acciones populares en el municipio de Irni*, en *BIDR.* 27 (1985), p. 245; TORRENT, A., *Legati municipales cit.*, p. 374.

aerarium municipal y derivado de un voto específico emitido en el concilio en antítesis, o fuera de las instrucciones recibidas del senado local, en particular si la votación concernía la acusación *de repetundis* del gobernador; es ciertamente más fácil imaginar casos en los que el *legatus* había desatendido el mandato en la parte en que el mismo fijaba una cierta duración de la misión (a cargo de la caja municipal), prolongando indebidamente los días y aumentando así el gasto público municipal; casos en los que –retomando los verbos del cap. 47 de la *lex Irnitana*– ocurría más un «*facere*» que un «*dicere*». Evidentemente estamos en el terreno de las conjeturas y aún hay que profundizar en este punto.

VII

TRADICIÓN ROMANÍSTICA

EL LICENCIADO DON SEBASTIÁN ÁLVAREZ DE AVILÉS Y VALDÉS (C. 1587-1633), CATEDRÁTICO DE INSTITUTA Y SUSTITUTO DE LAS DE PRIMA DE LEYES Y CÁNONES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO Y OIDOR DE LA AUDIENCIA DE PANAMÁ

MANUEL DE ABOL-BRASÓN Y ÁLVAREZ-TAMARGO
Universidad de Oviedo

SUMARIO: Introducción. I.—El entorno familiar. II.—Alumno y catedrático de la universidad de Oviedo. III.—Oidor en la audiencia de Panamá.

INTRODUCCIÓN

La universidad de Oviedo, inaugurada en 1608, se erigió desde su principio con dos facultades jurídicas, las de Leyes y Cánones¹. El hecho tiene fáci-

¹ Todavía se leen con provecho las aportaciones de Canella Secades, pese a sus evidentes defectos y carencias, sobre la historia académica, significativas por la destrucción del archivo universitario a manos de los revolucionarios en octubre de 1934. Fermín CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito*, (Oviedo, 1873); *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito (Asturias y Leon)*, (Oviedo, 1903-1904, ed. facs. 1995). El historiador agustino Fray Miguel de la Pinta Llorente incluyó en uno de sus documentados artículos un suave reproche a alguna de las opiniones de Canella. Miguel de la PINTA LORENTE, «Aspectos de la Inquisición española bajo la administración del arzobispo Don Fernando de Valdés-Salas», *Simposio «Valdés-Salas». Conmemoración del IV.º Centenario de la muerte de su fundador: Don Fernando de Valdés. (1483-1568). Su personalidad. Su obra. Su tiempo. Oviedo, 8-11 Diciembre 1968*, (Oviedo, 1970), p. 132 s. La Facultad de Teología, no así las otras, ha tenido la fortuna de contar con un historiador de excepcional calidad, el dominico Fray Vicente Beltrán de Heredia, que pudo consultar el depósito documental académico, antes de que pereciera. Fray Vicente BELTRÁN DE HEREDIA,

les explicaciones si se tiene en cuenta la personalidad de su fundador, la particular idiosincrasia del país en donde de plantó, la larga trayectoria que tuvo que recorrer hasta su estreno y en suma el modelo académico que tomó como horma.

Don Fernando de Valdés, arzobispo de Sevilla e inquisidor general, entre otros muchos empleos civiles y canónicos que desempeñó², era un jurista vocacional que, pese a su estado eclesiástico, no profesaba gran simpatía ni por los estudios teológicos³,

«La facultad de Teología de la Universidad de Oviedo», *Ciencia Tomista*, 55, (Salamanca, 1936), p. 213-259 = *Miscelanea Beltran de Heredia. Colección de artículos sobre historia de la Teología española*, IV, (Salamanca, 1973), pp. 387-439. En los tiempos presentes el investigador que más ha destacado en el estudio, con una apoyatura instrumental abrumadora, de la historia de la Universidad de Oviedo, es el profesor Don Justo García Sanchez, a quien va dedicado este modesto artículo, como prueba de admiración y agradecimiento. Entre sus aportaciones más significativas, cabe reseñar dos, cuyo aparato crítico muestra a las claras, un esfuerzo investigador más que relevante: Justo GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto de universidad en Asturias (1570-1572)*, (Oviedo, 1991); *Los albaceas de la Universidad de Oviedo (1566-1661)*, (Oviedo, 2008).

² Es de obligada consulta sobre la biografía de Don Fernando de Valdés la obra modélica de Don José Luis González Novalín, que pese a los años transcurridos desde su publicación no ha envejecido.

José Luis GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor general Fernando de Valdés (1483-1568). Su vida y su obra*, (Oviedo, 1968); *El inquisidor general Fernando de Valdés (1483-1568). Cartas y documentos*, (Oviedo, 1971).

³ Su biografía lo describe como un característico hombre de leyes, cuya pericia profesional destacó, sobre todo, en algunos de los empleos, como los consejero del de la gobernación de la archidiócesis de Toledo, visitador del reino de Navarra –de la que procedieron unas nuevas ordenanzas– e inquisidor general, bajo cuyo gobierno se redactaron unas instrucciones procesales de capital importancia. José GARCIA ORO, *El Cardenal Cisneros. Vida y empresas*, II, (Madrid, 1993), p. 9; GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor... Su vida y su obra*, pp. 19, 33-41 y 237-243; PINTA LLORENTE, «Aspectos», pp. 142-144.

A lo largo de su vida siempre mostró un evidente exclusivismo por el Derecho en detrimento de la Teología. En 1554 cuando había que cubrir dos plazas vacantes en la Suprema, presentó a ellas a cuatro juristas, mientras que el Cesar Carlos era de parecer que al menos una de ellas se diera a un teólogo. En carta que el 9 de mayo Don Fernando escribió al emperador le decía «*Al principio que la inquisición se fundó en estos reinos fueron nombrados algunos inquisidores teólogos y, visto que los procesos por donde sentenciaban no estaban substanciados ni hechos por la orden que se requería de derecho y que había muchos descuidos e inadvertencias así en examinar testigos como en otras cosas substanciales...acordaron los Reyes Catolicos, de buena memoria, que no se proveyesen mas teólogos sino juristas y así se ha hecho hasta ahora*». GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor...Su vida y su obra*, p. 239 s., n. 126. En su fundación salmantina de San Pelayo había quince plazas de juristas y solo cinco para teólogos. Melquiades ANDRÉS MARTÍN, *La teología española en el siglo XVI*, I, (Madrid, 1976), p. 214. Bartolomé ESCANDELL BONET, «El inquisidor Valdés en la creación de su Colegio de San Pelayo de Salamanca: 1556-1568», *Simposio*, p. 209. Cfrs.: Javier CORTÁZAR ESTIVALÍZ, *Historia y arte del colegio menor de San Pelayo de Salamanca*, (Salamanca, 2002), p. 36-38.

En las matriculas de este colegio, en la Universidad de Salamanca, aparecen muy pocos teólogos, mientras que la mayoría son canonistas. Archivo de la Universidad de Salamanca, 293, Matrícula del curso 1574-1575, 30 de noviembre de 1574, fol. 11 vto; 294, Matrícula del curso 1575-1576, 19 de noviembre de 1575, fol. 8 vto.; 295, Matrícula del curso 1576-1577, 21 de noviembre de 1576, fol. 8; 296, Matrícula del curso 1577-1578, 24 de noviembre de 1577, fol. 8-8 vto.; 297, Matrícula del curso 1578-1579, 12 de diciembre de 1578, fol. 15 vto. – 16: 298, Matrícula del curso 1579-1580, 13 de diciembre de 1579, fol. 16; 299, Matrícula del curso 1581-1582, 20 de diciembre de 1581, fol. 15-15 vto.; 300, Matrícula del curso 1582-1583, 20 de diciembre de 1582, fol. 16 vto.; 301, Matrícula del curso 1583-1584, 24 de diciembre de 1583, fol. 19 vto. – 20; 302, Matrícula del curso 1584-1585, 28 de diciembre de 1584, fol. 17; 303, Matrícula del curso 1585-1586, 8 de diciembre de 1585, fol. 12; 304, Matrícula del curso 1586-1587, 6 de enero de 1587, fol. 14; 305, Matrícula del curso 1587-1588, 20 de diciembre de 1587, fol. 14

ni tampoco por los *espirituales*⁴. Las circunstancias de su vida, desde la cuna, no hicieron sino robustecer tales sentimientos. Nacido en el seno de una familia hidalga perturbada por la ferocidad y el crimen, contemplaba como el más eficaz remedio para eludir los frecuentes excesos que trastornaban la tierra, la sujeción pura y dura a la ley⁵. Después, su larga experiencia administrativa y

- 14 vto.; 306, Matrícula del curso 1588-1589, 6 de diciembre de 1588, fol. 13-13 vto.; 307, Matrícula del curso 1592-1593, 25 de diciembre de 1592, fol. 8 vto.; 308, Matrícula del curso 1594-1595, 27 de noviembre de 1594, fol. 9; 309, Matrícula del curso 1595-1596, 23 de noviembre de 1595, fol. 11; 310, Matrícula del curso 1597-1598, 4 de diciembre de 1597, fol. 9; 311, Matrícula del curso 1598-1599, 10 de diciembre de 1598, fol. 10; 312, Matrícula del curso 1599-1600, 22 de noviembre de 1599, fol. 5 vto. - 6.

⁴ Acaso los episodios de su vida en los que mejor mostró su escasa simpatía por los espirituales fueron en la redacción del índice de libros prohibidos de 1559 y en el ruidoso proceso del arzobispo de Toledo, Fray Bartolomé de Carranza Miranda. ANDRÉS MARTÍN, *La teología española en el siglo XVI*, II, (Madrid, 1977), p. 555-582 y 621-622; «Pensamiento teológico y vivencia religiosa en la reforma española (1400-1600)», Novena parte de *Historia de la Iglesia en España*, III-2.º, *La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI*, Dirección José Luis González Novalin, (Madrid, 1980), p. 320-323. ÁLVARO HUERGA, *Fray Luis de Granada. Una vida al servicio de la Iglesia*, (Madrid, 1988), p. 138-157. GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor... Su vida y su obra*, p. 261-347. Cfrs.: José Ignacio TELLECHEA IDÍGORAS, *El arzobispo Carranza y su tiempo*, I - II, (Madrid, 1968).

⁵ Don Fernando de Valdés, era hijo de Juan Fernández de Salas, al parecer también descendiente de los Valdés, y de su mujer Doña Mencía de Valdés, cuyos padres eran Juan de Llano, llamado de la Plaza, por tener su casa y torreón en la Plaza de la villa de Cangas, hoy de Narcea, y procedente de uno de los solares nobiliarios más prominentes de la tierra, el de Llano, y su consorte Doña Catalina de Valdés, descendiente de la casa de San Cucao de Llanera. Este abuelo materno y su único hijo varón, resultaron asesinados por otro linaje prominente de la comarca, los Tarrazo, lo que ocasionó una sangrienta venganza, pues el Tarrazo, fue descuartizado por los Llano. Doña Mencía de Valdés, tenía dos hermanas, que casaron - después de ser raptadas por dos hidalgos principales de Asturias - con sus pretendientes. Estas noticias las recoge el P. Carvallo, que por razones de paisanaje y parentesco, conocía los pormenores familiares de la familia del arzobispo.

LUIS ALFONSO DE CARVALLO, *Linajes asturianos*, Ed. José María Patac de las Traviesas, (Gijón, 1987), p. 38: «Juan de Llano, de la Casa de Cangas, llamado así por haber sucedido a su padre Alvaro Alfonso en la Torre y Palacios de la plaza de Cangas, fue persona muy valerosa y como tal caso con Doña Catalina de Valdés, hija de Fernando Álvarez de Valdés, de las Torres de San Cucado y de su mujer Doña Marquesa de Quirós; tuvo tres hijas; la primera caso con Juan Fernández de Valdés, Señor de la Casa de Salas; las otras dos hijas pretendieron, la una el Señor de la Casa de Thineo y la otra el Señor de la Casa de Tormaleo y porque no se las quisieron dar, se las robaron, poniendo fuego a la torre de la plaza y con otras atrocidades que pasaban en aquel tiempo; de esto procedieron algunos pleitos y pesadumbres con que los bandos antiguos de los Terracos, con la Casa de Llano, volvieron a suscitarse; por manera que el mismo Juan de Llano y un hijo suyo fueron muertos y su casa quedó a su hija mayor Doña Mencía de Valdés, mujer de Juan Fernández de Valdés y Salas. Diego Terraco, que fue el matador de estos, fue luego muerto por los Llanos en las guerras de Cangas, tan atrocemente que cuando quieren echar alguna maldición en aquella tierra, dicen: mueras, como murió Terraco, hecho pedazos, que el mayor fue la oreja».

Las hermanas secuestradas se llamaban Doña Leonor Álvarez de Llano, esposa de Juan García de Tineo, y (aunque en este caso los datos no andan concordados) María Arias La Vieja, esposa sucesiva de Alvaro (algunos le llaman Alonso) de Uria, residente en Hernes (Lugo), y de Vasco Pérez de Tormaleo. El dicho Alvaro de Uria, también pereció asesinado, esta vez en las cercanías de Hernes.

Archivo de la Casa de Carballo =ACC, (Cangas de Narcea - Asturias -): *Memorial y descendencia de la casa de Uria desde el primero de quien ai memoria en estos tiempos sacado bien y fielmente de memoriales y escrituras antiguas e ynformes de los mas antiguos de estos Partidos y Conzejo de Ibias*: «El terzero hijo de Rodrigo de Uria fue Alvaro de Uria, el que se fue a vivir a Hernes, rreino de Galicia, estuvo casado con María Arias la Bieja de que ya izimos mención, esta María Arias era de las hijas que tomaron en Cangas a un Alonso (debe ser por Juan) de Llano, y uno de los que se allaron en la toma fue

judicial, en ambos fueros, le confirmaron en esta idea. En una España que salía desde la época de los Reyes Católicos de una casi insuperable agonía política, la vía de la reforma pasaba indeludiblemente por la renovación eficiente del ordenamiento jurídico, y en esta obra Valdés fue un protagonista representativo. Las armas que el prelado ostentó siempre fueron las de la ley y el catecismo, es decir el sometimiento inapelable a los mandatos normativos y la práctica de las virtudes y el exterminio de los vicios. Por eso no quiso dejar resquicio alguno al misticismo o a las interioridades psicológicas, realidades que escapaban a su escalpelo de frío e intransigente ordenancista y que abonaban un estado de libertad espiritual por el que no sentía gran comprensión⁶. En su vida personal nunca mostró ser un hombre especialmente afectuoso y cordial y así el trato a que sometió a su hijo ilegítimo, Don Juan Osorio de Valdés, que no fue un pecado de juventud⁷, sino un

Rodrigo de Uria (de que hablamos) a quien se entrego la mujer del dicho Alonso de Llano con tres hijas por ser el mas prinzipal de los que allí estavan, caso la una de ellas con su hijo Alvaro, que es esta María Arias de que hablamos, la otra caso en Salas de quien salio el arzobispo de Sevilla y otra mucha jeneracion a este Alvaro lo mato un hombre de una lanzada en las viñas de Candanal junto a Ernes, tirándole con una lanza lo paso de parte a parte que luego murió, tubo un hijo y una hija el hijo fuese a vivir a Corias, no se quien del salio, la hija se llama María Arias la Moza caso en Tormaleo con Pedro Arias de Tormaleo de quien salieron algunos hijos, la madre de esta que era María Arias la Bieja caso de segundo matrimonio con Basco Perez de Tormaleo de quien salio Aldara Bazquez que ya dijimos.»

La vida del padre del arzobispo tampoco fue inmaculada; aunque ciertos historiadores piadosamente dicen que Juan Fernández de Salas, casó en segundas nupcias con Urraca Menéndez, lo cierto es que esta señora, con la que tuvo prole, solo fue su amiga. Algun documento del siglo XVI asegura que este amorío acaeció cuando él estaba viudo, acaso para quitar a sus hijos la nota de adulterinos. En las pruebas para la Orden de Calatrava de Don Alejo de Valdés Bazán (año 1637), si bien algunos de los deponentes afirman que no saben si Juan de Salas Valdés (hijo de Juan Fernández de Salas y Urraca Menéndez), prebendado de la catedral de Sigüenza y despues factor en Indias, era legítimo, natural o bastardo, otros aseguran que cuando sus padres lo concibieron, él, era viudo, y ella soltera.

Archivo Histórico Nacional = AHN. Ordenes Militares, Calatrava, 2676: Pruebas de Don Alejo de Valdés Bazán, natural de Cuzco, electo caballero de la Orden de Calatrava, fol. 40-56: Información realizada en Salas (Asturias), 23-31 de mayo de 1637.

Cfrs.: Juan URÍA RÍU; «Los repartos de dineros entre los parientes del arzobispo Valdés Salas y algunas observaciones a la historia de su linaje», *Simposio*, p. 311, 313 y 316.

⁶ Parece que al final de su vida algo se ablandó. En una entrevista que en Madrid, el 12 de septiembre de 1565, tuvo el P. Gonzalo González, provincial jesuita de Castilla, con Don Fernando de Valdés, se trataron algunas materias espirituales. En su curso se hablo del libro de los *Ejercicios* de San Ignacio de Loyola, que en años pasados había motivado los recelos del Santo Oficio.

GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 37-38: Carta del P. Gonzalo González a San Francisco de Borja, General de la Compañía de Jesús, Madrid, 13 de septiembre de 1565: «Ayer doce deste estuve con el señor arzobispo de Sevilla. Habiame enviado a llamar tres veces y despues de oírle un poco de espíritu del rezar con devocion y atención etc. y ayudadole un poco a lo que decía...».

González Novalín, *El inquisidor... Su vida y su obra*, p. 282-283.

⁷ GONZÁLEZ NOVALÍN, recoge de las *Memorias* del Avilésino Luis de Valdés (nacido en 1600), hijo de Melchor de Valdés, regidor de dicha villa y de su esposa Ana Alfonso de Quirós, y por lo tanto pariente del arzobispo – inquisidor, la noticia de un hijo ilegítimo de este *habido en su mocedad*, al que no quiso apellidar de Valdés ni que se casara *porque en el acabase su generación*. Aquel aventura la presunción de que su nacimiento podía haber ocurrido en torno al año 1510. Luis de VALDÉS, *Memorias de Asturias*, Ed. José María Patac de las Traviesas, (Gijón, 1978), p. 49. González Novalín, *El inquisidor... Su vida y su obra*, p. 9-12.

desliz de su madurez⁸, revela un talante puritano e inflexible⁹. La protección que prestó a su familia más parece la expresión de un principio de orgullo estamental que la muestra de una delicada ternura¹⁰.

La andadura de Asturias en los siglos xiv y xv, estuvo constituida por una larga retahíla de desgracias y desventuras, naturales y humanas. Es como si los jinetes del Apocalipsis se hubieran acostumbrado a cabalgar sobre ella. La desarticulación política y social y el desenfreno moral, parece que fueron todavía más agudos que en Castilla¹¹. De ahí que en el reformismo del quinientos predominaran los resortes jurídicos, sobre cualquier otra consideración. Había que convertir a brutos en hombres, más que explorar caminos de sutilezas morales, que los transformaran en Ángeles. Es muy significativo que a lo largo del xvi, y en claro contraste de lo que sucedía en la meseta, en Asturias no hubo ni una sola fundación religiosa estricto – observante, mientras que se consolidaba la regularidad de las observancias, caracterizadas por un legalismo más formalista¹². Los asturianos mostraban una afición tan aventajada por

⁸ En efecto Don Juan Osorio de Valdés no nació sobre el año 1510, sino bastante tiempo después. Cuando en 1581 se comenzaron a realizar las pruebas de limpieza de sangre del inquisidor, el Doctor Juan de Llano de Valdés, preconizado canónico de la catedral de Toledo, se tomó declaración a Don Juan Osorio de Valdés – a principios de 1582 en Zamora, en donde aparece documentado como corregidor –, que era primo hermano del electo, y por su dicho se puede asegurar que había nacido en torno a 1526-1527. Es decir que si la fecha de nacimiento de Don Fernando de Valdés, es la de 1483, este tenía alrededor de 43 o 44 años cuando procreó a Don Juan y poco después era preconizado obispo de Elna.

Ramon GONZÁLVIZ, «Noticias de la familia Valdés Salas en el archivo capitular de Toledo», *Simpósio*, p. 269 y 275-276. Archivo Histórico Nacional. Nobleza, Osuna, C. 870, D. 1: Real cedula de Don Felipe II a Don Juan Osorio de Valdés, corregidor de Zamora, en la que le reprende y ordena que asista a Don Diego Enriquez de Guzmán, Conde de Alba de Aliste, en lo que necesite con ocasión de la campaña de Portugal. Badajoz, 18 de octubre de 1580.

⁹ Las relaciones entre el arzobispo Valdés y su hijo Don Juan no fueron fáciles por la voluntad del prelado de que este siguiera el destino eclesiástico, a lo que no se avino, y por su negativa a reconocerle públicamente. María Ángeles FAYA DÍAZ, «Los Valdés Salas y la fundación de la universidad de Oviedo», *La Nobleza en la Asturias del Antiguo Régimen*, Coordinación María Ángeles Faya Díaz, (Oviedo, 2004), p. 163.

¹⁰ FAYA DÍAZ, «Los Valdés Salas», pp. 161-168.

¹¹ Son muy significativas las palabras que a esta situación, respecto al último cuarto del siglo xv, le dedica el P. Carvallo: ALFONSO DE CARVALLO, *Antigüedades y cosas memorables del Principado de Asturias*, (Madrid, 1695), p. 444-446.

¹² Las fundaciones regulares en Asturias en el siglo xvi fueron el Convento de Nuestra Señora del Rosario de la Orden de Predicadores, y el Colegio de San Matías de la Compañía de Jesús, ambas en Oviedo, y erigidas desde el primer momento en la observancia. En la segunda mitad del siglo xvi, en los monasterios asturianos, así de monacales como de mendicantes, se extinguió la claustra. Sin embargo, ni la descalcez del Carmen, ni la de los Menores y las Clarisas, que en el resto de España experimentaron a lo largo de la centuria una expansión asombrosa se establecieron en Asturias. El eremitorio de Raices, en el que se asentaron los franciscanos, y que se puede considerar una casa estricto observante, tuvo una existencia efímera: fundada a principios del siglo xv, en el último cuarto de este, desapareció canónicamente, siendo sustituidos los menores por frailes de la Orden de la Merced.

Fray Juan TABOADA, *Historia del convento de Nuestra Señora del Rosario de Oviedo*, Ed. Lazaro Sastre Varas, (Oviedo, 2002). GARCÍA SÁNCHEZ, *Los Jesuitas en Asturias*, (Oviedo, 1991). Francisco Javier FERNÁNDEZ CONDE, «La Orden franciscana en Asturias: orígenes y primera época», *Boletín del Instituto de Estudios Asturianos = BIDEA*, 130, (Oviedo, 1989), p. 397-448. Ernesto ZARAGOZA PASCUAL,

los estudios jurídicos, que bajo los Austrias las personalidades que alcanzaron una mayor o menor notoriedad, son sobre todo gentes de leyes¹³. Hay que esperar al muy avanzado siglo xvii, y ya metidos en el siguiente, para encontrar dos figuras teológicas de renombre, aunque ya en un tiempo de ocaso de la escolástica, el carmelita descalzo Fray Juan de la Anunciación (Llanes Campomanes)¹⁴ y el jesuita Alvaro de Cienfuegos¹⁵.

El modelo académico universitario que terminó por institucionalizarse en Oviedo fue consecuencia de un largo recorrido. En 1557 Don Fernando

«La pension sobre la Abadía de San Juan de Corias, 1529-1543», *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos* = *BRIDEA*, 152, (Oviedo, 1998), p. 75-84; «Proceso de reforma del monasterio de San Juan de Corias (1529-1530)», *BRIDEA*, 168, (Oviedo, 2006), p. 91-104; «Noticias sobre la reforma de los monasterios benedictinos asturianos (1523-1538)», *BRIDEA*, 173-174, (Oviedo, 2009), p. 343-370; «Documentación inédita sobre la reforma de los monasterios de Corias, Villanueva y Obona (1528-1564)», *BRIDEA*, 161, (Oviedo, 2003), p. 205-214; «Noticias sueltas sobre la reforma de algunos monasterios benedictinos gallegos y asturianos (1523-1541)», *Diversarum rerum*, 6, (Orense, 2011), p. 207-230.

Cfrs.: E. MARTÍN, *Los Bernardos españoles (Historia de la Congregación de Castilla de la Orden del Cister)*, (Palencia, 1953). ZARAGOZA PASCUAL, *Los generales de la Congregación de San Benito de Valladolid*, I – III, (Silos, 1973-1976, Zamora, 1980). Antonio LINAGE CONDE, *El monacato en España e Hispanoamérica*, (Salamanca, 1977). José GARCÍA ORO, «Conventualismo y observancia», Cuarta parte de *Historia de la Iglesia en España*, III – 1.º, *La Iglesia en la España de los siglos xv y xvi*, Dirección José Luis González Novalín, (Madrid, 1980), p. 211-349.

¹³ Hay de nuevo que acudir a las publicaciones del Profesor García Sánchez para conocer las personalidades, grandes y chicas, de los profesionales del Derecho en Asturias. Veanse, por ejemplo:

GARCÍA SÁNCHEZ, «Juan de Hevia Bolaño: asturiano, autor de la «Curia Filipica» y del «Laberinto de Mercaderes» (anotaciones a una cuestión histórico – jurídica enigmática)», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1, (Barcelona, 1996), p. 41-138; «Alonso de la Ribera y Juan de Hevia Bolaño. Dos juristas asturianos del Siglo de Oro», *Studium Ovetense* = *SO*, 24, (Oviedo, 1996), p. 77-145; *Juristas asturianos auditores de la Rota Romana*, I, *Juan Queipo de Llano y Florez Valdés (Fundador del Convento de las M. M. Dominicas de Cangas)*, I – II, (Oviedo, 1998); «El Derecho Romano fundamento de la alegación jurídica de un abogado ovetense a finales del siglo xvii», *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, (Madrid, 2000), p. 253-280; *El Doctor Tomás Serrano de Paz (Abogado y Catedrático ovetense del siglo xvii)*, (Oviedo, 2012); «Las librerías de los doctorales ovetenses y el derecho romano: Doctor Valdés Bango y Licenciado Cienfuegos Argüelles», *SO*, 42, (Oviedo, 2014), p. 161-352; «El doctoral ovetense Pedro Cienfuegos, Grado (Asturias) 1642 – Oviedo, 1684», *Revista Española de Derecho Canónico*, 176, (Salamanca, 2014), p. 293-367; «El Derecho Romano en las librerías de los abogados y regidores ovetenses del siglo xvii: Tineo – Sabido», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 12, (Ciudad Real, 2014), p. 12-131.

¹⁴ Fray Juan de la Anunciación (1633-1701). Se trata de un teólogo muy estimable en su tiempo y coautor de dos obras que han tenido una fama merecida:

Collegii Complutensis Fratrum Discalceatorum Beatae Mariae Virginis de Monte Carmeli Artium cursus breviorum formam et novo ordine...tomus quartus completens tres libros Aristotelis anima, (Colonia, 1693).

Collegii Salmanticensis Fratrum Discalceatorum Beatae Mariae de Monte Carmeli Primitivae Observantiae Cursus theologicus iuxta miram Divi Thomae praeceptoris Angelicia Doctrinam tomus undecimus: complectens tract. XXII et tract XXIII. I. De Sacramentis genere. II. De Eucharistia, a quaestione LX tertiae partis, (Barcelona, 1694).

¹⁵ P. Álvaro de Cienfuegos (1657-1739). Además de teólogo, destacó también como historiador y diplomático, siempre al servicio de la Casa de Austria. Sus obras más conocidas: *Aenigma theologicum seu potius Aenigmatum ab obscurissimarum Quaestionum Compendium*, I-II, (Viena, 1717). *Vita abscondita, seu Speciebus Eucharisticis velata*, (Roma, 1728). Cfrs.: Ángel SANTOS HERNÁNDEZ, *Jesuitas y obispos*, I, *La Compañía de Jesús y las dignidades eclesiásticas*, (Madrid, 1999), pp. 184-190.

formalizó el Colegio de San Gregorio, en la misma capital del Principado, para la docencia de gramática y latinidad¹⁶. Pero en los años finales de su vida, al menos, hizo demostración de querer ampliar dicha fundación. En las conversaciones que en 1565 tuvo con la Compañía de Jesús ya hablaba de aumentarlo y dárselo a los ignacianos, o incluso hacer otra institución similar a su lado también para estos¹⁷. Pero nada se hizo por entonces, el prelado estaba al cabo de la vida, y ya solo le quedaba programar su voluntad *post mortem*.

En su testamento de 1566 dispone que en el colegio ovetense además de enseñarse latinidad, se habría de leer *otras facultades*¹⁸, con lo que resulta evidente que ya estaba pensando en establecer un estudio general. Lo que aparece corroborado por otras escrituras que otorga en el mismo año de su muerte y en las que ya habla de colegio y universidad¹⁹. Todo parece indicar que por este año Valdés se inclinaba a que su estudio general siguiera el modelo de colegio – universidad alcalaíno. A Valdés le resultaba muy cercano, pues el mismo había sido miembro del consejo de la gobernación de la archidiócesis

¹⁶ Acta de erección otorgada por Don Fernando de Valdés, arzobispo de Sevilla e inquisidor general, de un colegio de gramática y latinidad, en Oviedo. Valladolid, 8 de enero de 1557: «yo tengo acordado de fundar, instituir, hordenar y regir una casa Colegio y congregación d'estudiantes pobres que estudien Gramatica y Latinidad en la ciudad de Oviedo». BENITO RUANO, «La fundación del colegio de «San Gregorio» de Oviedo», *Simposio*, p. 240.

¹⁷ Carta del P. Gonzalo González, provincial de Castilla a San Francisco de Borja. Madrid, 13 de septiembre de 1565: «trato largo del collegio que tiene en Oviedo donde leen latin y del deseo que tiene de aumentarlo y darlo a la compañía o hacernos otro cabe el...y dice: podrá ser que os lo de todo».

GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 38.

¹⁸ Testamento de Don Fernando de Valdés. Madrid, 2 de mayo de 1566: «Porque en la ciudad de Oviedo tengo fundado un colegio y estudio, en el cual ahora se lee y ha de leer y estudiar gramatica hasta que se de orden para que se lean otras Facultades». BENITO RUANO, «La fundación», p. 241. GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor... Cartas y documentos*, p. 364.

¹⁹ Nombramiento de colegiales y aumento de dotación del Colegio de San Gregorio de Oviedo, otorgados por Don Fernando de Valdés. Madrid, 11 de octubre de 1568: «obimos otorgado una scriptura de ereçion e ynstituzion e fundacion de un Colexio, casa e congregacion de estudiantes pobres que estudien Gramatica e Latinidad en la çiuudad de Oviedo para que dello Nuestro Señor fuese serbido y su santa Fee Catolica conservada, y por ser la tierra tan pobre y apartada de donde ay Estudios y Universidades de la dicha Facultad, y por su buen onor y ayudar aquellos, y que por falta de maestros no dexen de començar y seguir tan virtuosos exerçios, y por el principio y fundamento que podría ser para otras cosas mayores del serbiçio de Nuestro Señor...y para mas comoda sustentazion y perpetuazion del dicho Colexio y que aquel sea acreçentado y los estudiantes e colexiales e maestros e preçeptores de Latinidad, Retorica y Griego y otros exerçios que nos señalaremos...»; Donación otorgada por Don Fernando de Valdés a favor del colegio y universidad de San Gregorio de Oviedo. Madrid, 28 de noviembre de 1568: «por quanto yo tengo echo y fundado un Colexio y Unibersidad en la çiuudad de Oviedo, cuyo nombre y adboçacion del señor San Gregorio...Rector de la dicha Unibersidad y Colexio»; Escritura de donación otorgada por Don Fernando de Valdés a favor de Diego de Valdés, vecino de Gozón, y de Doña Juana de Hoces, vecina de Ciudad Real. Madrid, 8 de diciembre de 1568: «...los aya y erede el Colexio de San Gregorio e Unibersidad de la çiuudad de Oviedo, que yo dexo doctado, fundado y erixido...aya y herede el Colexio y Unibersidad de Oviedo». BENITO RUANO, «La fundación», p. 243-244, 248 y 251.

de Toledo, siendo Cisneros primado²⁰, e incluso había intervenido en la reforma de los estatutos del celebre colegio complutense de San Ildefonso²¹. Pero tal proyecto, el de universidad colegial a la usanza complutense, era casi imposible que llegara a feliz puerto. Conocido es el despego de Cisneros por el ordenancismo, desde sus tiempos de estudiante en Salamanca, e igualmente el predominio teológico, en Alcalá, sobre los estudios canónicos, puesto que los civiles estaban prohibidos²². También la universidad de Baeza, bajo el influjo apostólico de San Juan de Avila, se constituyó con una prevención evidente ante el Derecho: en ella no hubo ni cátedras de cánones²³. Y es que era difícil avenir a juristas y espirituales.

Muerto Don Fernando a finales de 1568, se produjeron unas trabajosas conversaciones entre la Compañía y la ejecución testamentaria del prelado, para entregar la proyectada universidad de Oviedo a estos regulares²⁴. Y uno de los puntos más espinosos de tales tratos fue la inclusión de los estudios canónicos –de los de derecho civil no se habló– habida cuenta los prejuicios de los loyoleos con respecto a ellos²⁵. Al final con el mismo modelo de universidad colegial se establecía la lección de cánones, aunque con miras de sustituirla por la de casos

²⁰ GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor... Su vida y su obra*, p. 17-20.

²¹ GONZÁLEZ NOVALÍN, *El inquisidor... Su vida y su obra*, p. 19-20.

En esta reforma la impronta de Valdés se percibe especialmente en algún punto como en la duplicación de las cátedras de Derecho Canónico. GARCÍA ORO, *El Cardenal Cisneros*, II, p. 357.

²² Antes de que Cisneros fundara la universidad en Alcalá, existían en esta villa estudios de Artes y Gramática, establecidos por el arzobispo Don Alonso Carrillo con el placet de Pio II de 1459. Siendo primado Don Pedro González de Mendoza y merced a la aprobación del papa Inocencio VIII del año 1487 se crearon tres cátedras de Teología, Derecho Canónico y Derecho Civil. En la institución cisneriana se enseñaba Teología, Cánones, Artes, Gramática y Medicina. Se excluyó en ella el Derecho Civil y si se admitió el Canónico se debió a lo que tenía que ver con las ordenes sagradas y la cura de almas. ANDRÉS MARTÍN, *La teología*, I, p. 33. GARCÍA ORO, *El Cardenal Cisneros*, II, p. 257 s., 337, 347 y 350.

²³ ANDRÉS MARTÍN, *La teología*, I, p. 213.

²⁴ Se sigue principalmente lo que sobre este aspecto ha escrito, con un rigor documental indiscutible, el Profesor García Sánchez. GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, pp. 42-113.

²⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 57 s., 74, 83 y 85. El propio preposito general de la Compañía, San Francisco de Borja, escribía, en Roma, el 10 de mayo de 1571, al P. Gil González, provincial de Castilla: «En lo de la lección de canones se ha limitado que no se lean los que pertenecen al foro contencioso, pues estos no los puede la Compañía leer, ni parece que esos señores harán dificultad en ello, y si por esto se hubiesen de venir a quebrar con ellos, podría se les conceder que se encargara la Compañía de hazellos leer, por un doctor que no sea della; aunque yo no querria se viniese a esto, y no dubdo, que esos señores, viendo que hazemos todo lo que nos es posible». En unas anotaciones de este mismo tiempo se dice: «27. La lección de Canones se procure, quanto se pudiere quitar, y decir que no podemos graduar en canones y que se contenten primo loco, en lugar desto, de una lección de casos, o escritura, la que juzgare la compañía ser mas conveniente, y si no, que sea de canones sin leerse los litigiosos, y si por esto se hubiese de quebrar, que se lean por un forastero.». En una instrucción, que parece del año 1570 se recoge: «Ytem que todos los estudiantes que ubieren de començar a oyr Artes, canones o casos, como dicho es». GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 91, 95 y 101.

de conciencia o de sagrada escritura²⁶. Así las cosas, de haberse realizado este proyecto en Oviedo, las disciplinas jurídicas hubieran desaparecido, o al menos experimentado una seria limitación. Es evidente que tales restricciones no encajaban ni con el carácter del fundador ni con las necesidades del país. Pero esto no se produjo, porque la oposición de las fuerzas vivas –civiles y eclesiásticas– del Principado, a la entrega del estudio general a la Compañía fue unánime y frontal, con lo que los superiores regulares y los albaceas del arzobispo abandonaron la empresa²⁷. Lo que ocurrió después fue que el Colegio de San Gregorio perseveró como una escuela de latinidad independiente²⁸, y la universidad se inauguró, siguiendo, sobre todo, el modelo salmantino, es decir con las faculta-

²⁶ Escritura de aceptación otorgada por el P. Maestro Gil González de Avila, provincial de la de Castilla de la Compañía de Jesús, con poder de su prepósito general P. Francisco de Borja (Roma, 7 de mayo de 1571), y en representación de dicho instituto, del asiento suscrito para la fundación del colegio y universidad de Oviedo, erigidos por Don Fernando de Valdés, arzobispo de Sevilla e Inquisidor General, por el P. Gonzalo González, de la misma orden, en nombre de su provincial, y Don Hernando de Salas, testamentario de dicho arzobispo y con poder de los demás albaceas (Madrid, 18 de diciembre de 1570), y confirmado por los mismos ejecutores (Madrid, 4 de febrero de 1571). Valladolid, 28 de julio de 1571: «*Primeramente que el dicho padre provincial de la compañía de Jesus tome a su cargo de facer labrar y edificar una casa para el collegio de la dicha orden con su iglesia e todos los aposentos necesarios para los religiosos de la dicha compañía que han de estar en ella, la qual dicha casa se haga junto al dicho collegio de San Gregorio... el dicho padre provincial embie e ponga en ella un rector e Vicerrector, y dos predicadores, e quatro sacerdotes que sean confesores, tres maestros que lean y enseñen gramatica, dos maestros para leer artes...dos maestros que lean teulugia escolástica...otro lector que lea una lección de canones, la qual dicha lección de derecho canonico, dicho Rector e sus consiliarios, precediendo para ello el consentimiento del patron, y a los demas lectores de teulugia que a la sazón fuesen del dicho collegio, que sera mas conveniente para los oyentes que obiere, que se deva comutar en otra lección de casos de conciencia, o de escritura, se comute en la dicha lección de casos de conciencia...tres sustitutos para la gramatica, artes y teulugia...Yten que el Rector que fuere del Colegio de la Compañía sea Rector de las dichas escuelas e universidad...e quando se oviere de nombrar, o se oviere de poner Rector para el dicho collegio de estudiantes, el dicho Patron, e qualquiera otra persona o personas que le ovieren de elegir e proveer, lo nombren y elijan e provean con acuerdo e parecer del dicho Rector e consiliarios de la Compañía de Jesus, porque con su acuerdo se ponga e provea Rector que mas convenga, para la quietud e regimiento de los collegiales del...Yten que el dicho Padre Rector e consiliarios del dicho collegio e universidad en cada un año ayen de nombrar e nombren la persona que les pareçiere conveniente para que visite el dicho collegio de San Gregorio, y el Rector y collegiales». GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 177-198.*

²⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, *Un primer proyecto*, p. 113-161.

²⁸ Si la documentación citada en notas anteriores avala que en principio se pensó en establecer la universidad sobre el mismo colegio de San Gregorio, y que después cuando se capituló la fundación del estudio general con los jesuitas, quedó aquel bajo su dependencia, la solución definitiva separó el gregoriano y la universidad. Sus primeros estatutos formales son del año 1612, siendo rector de él Luis Alfonso de Carvalho, el historiador; los hicieron los consejeros y licenciados, Juan de Tejada y Martín Fernández Portocarrero, ejecutores de Don Fernando de Valdés, precisando que solo se puede impartir en él, latinidad. En ellos se prescribe la intervención en el funcionamiento de la institución del patronato, cuyo titular era el señor y mayorazgo de la Casa de Salas, es decir la familia de sangre del fundador, y del obispo de Oviedo. GARCÍA SÁNCHEZ, *Los albaceas*, pp. 427-454.

des de Leyes y Cánones²⁹. Al fin y al cabo en su andadura preinaugural intervinieron no pocos antiguos estudiantes en la ribera del Tormes³⁰.

La sorprendente inexistencia de una monografía científica y documentada sobre las facultades ovetenses de Leyes y Cánones, nos priva de conocer con cierto detalle, su trayectoria durante los primeros años de su funcionamiento. Por eso, salvo en algunos pocos aspectos, esta andadura resulta ignorada. En el presente artículo se recuerda la figura de uno de sus primeros catedráticos, el Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, que murió en el oficio de oidor de la audiencia de Panamá, y que hasta ahora es un auténtico desconocido³¹.

I. EL ENTORNO FAMILIAR

Nació el Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés en torno al año 1587³². El nombre de su padre, en su tiempo fue conocido y notorio, el

²⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, «Consideraciones histórico – jurídicas referentes a la fundacion de la Universidad de Oviedo», *SO*, 11,(Oviedo, 1984), p. 59-95; *Un primer proyecto*, p. 199-207; «Los estatutos de la Universidad de Salamanca, como norma subsidiaria para la de Oviedo, en un pleito académico del siglo XVIII», *Revista Albertus Magnus*, 6, 1, (Bogota, 2015), p. 73-112; *Los albaceas*, p. 292-296 y 303.

Estatutos Viejos (1607), Título XI: «Y porque ahora al principio de esta fundacion no se puede prevenir todo lo necesario, y con el tiempo y experiencia se ira descubriendo y aclarando lo que mas convenia hacerse para el buen gobierno de esta Universidad, de mas de lo por estos estatutos proveido e ordenado, se podran ofrecer algunas dudas y dificultades, declaramos que lo que asi se ofreciere necesidad de hacer mas estatutos sobre otras cosas en los susodichos quedare algo omitido o dudoso, dentro de dos años que corran y se cuenten de la publicacion, se haya de acudir e acuda a nos, o a los testamentarios que despues de nos fueren nombrados por el Consejo Real de Su Majestad, para que declaremos, ordenemos y proveamos o ordenen y provean lo que mas conviene y se declaren las dudas que se ofrecieren, e lo que asi proveyeremos, declararemos y ordenaremos y ordenaren y declaren se guarde, cumpla y egecutive, y pasados los dichos dos años en lo dudoso y omitido y que no este declarado se guarde lo dispuesto por los estatutos de la Universidad de Salamanca, con que no sea ni se entienda en lo dispuesto por estos estatutos, o por nos despues de ellos, o por los testamentarios que nos sucedieren en los dichos dos años que van declarados». CANELLA SECADES, *Historia*, (1903-1904), p. 638-639.

En los documentos, de los años 1618 y 1619, publicados por García Sánchez sobre la reformulación de los estatutos universitarios se alude con frecuencia a las ordenanzas salmantinas. GARCÍA SÁNCHEZ, *Los albaceas*, p. 316, 317, 318, 319, 323, 327 y 328.

³⁰ Asi hay que citar a Don Juan Alonso de Asiego y Ribera, dean de la catedral de Oviedo, Don Alonso Marañón de Espinosa, arcediano de Tineo en esta misma iglesia, y los licenciados Don Hernando de Salas, Don Diego de La Gasca, Don Antonio de Padilla Meneses, Don Francisco de Soto Salazar, Don Pedro Portocarrero Manuel o Don Alonso Nuñez Bohorquez, ejecutores de la voluntad de Don Fernando de Valdés. GARCÍA SÁNCHEZ, *Los albaceas*, p. 59, 62, 64, 66, 86, 94 y 455.

ABOL-BRASÓN Y ÁLVAREZ-TAMARGO, «Alfonso Marañón de Espinosa», *Asturianos universales*, XI, (Madrid, 1997), p. 157-217; «Documentos y noticias sobre el Doctor don Juan Alonso de Asiego y Ribera y sobre la primitiva biblioteca de la Universidad de Oviedo», *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, (Oviedo, 2016), p. 157-190.

³¹ *Cfrs.*: Jesús Jerónimo RODRÍGUEZ, *Asturias y America*, (Madrid, 1992).

³² Archivo de la Real Chancillería de Valladolid = ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria de la Real Chancillería de Valladolid, en el pleito entre Sebastián Álvarez, vecino de Avilés y Pedro Álvarez de Valdés, vecino y regidor de dicha villa, por la liquidación de las cuentas de la curaduría de aquel, que

general Juan Álvarez de Avilés, uno de los grandes héroes que Asturias dio al ejército y a la marina en el Siglo de Oro. Sobre quien era su madre, no lo precisan los documentos consultados. Si se sabe que su progenitor, había casado por el año 1605 con Doña María de las Alas Llano—hija del capitán Hernando de las Alas y de su mujer Doña Catalina de Llano—³³ que una vez viuda volvería a matrimoniar con Juan de León Falcón, vecino de Avilés³⁴. Pero esta señora, por razones evidentes no es la madre de nuestro personaje. En 1612 se había movido un pleito entre la dicha Doña María, a la sazón casada con Juan de

ejerció este. Valladolid, 18 de junio de 1612: «...y se començo sobre rracon que parece que en la dicha villa de Abiles a trece días del mes de octubre del año pasado de mill y seiscientos y nueve antel dicho Boyzo Suarez de Solis juez hordinario en ella parecio el dicho Sebastián Alvarez y presento antel una peticion en que dijo que siendo mayor de catorce años y menos de veinte y cinco por muerte del general Juan Alvarez abria treinta meses poco mas o menos que abia nonbrado por su curador a Pedro Alvarez de Baldes vezino y rregidor de la dicha villa el qual en birtud del dicho nonbramiento de tal curador abia cobrado y administrado sus bienes e agora por ser de heddad de veinte y dos años y tener la habilidad y suficiencia necesaria para administrar sus bienes y conforme a la costunbre de la tierra, que abia para pedir quenta de la dicha heddad teniendo suficiencia...». Respecto al lugar de su nacimiento no hay noticia documental que lo precise. El apellido Álvarez de Avilés no es argumento suficiente para asegurar que fue en esta villa donde vio la primera luz.

³³ ARCHV. 2177, 84. Ejecutoria dictada por la Real Chancillería de Valladolid, en el pleito entre Juan de León Falcón y su mujer Doña María de las Alas, vecinos de Avilés y Don Pedro Menéndez de Avilés, caballero de Santiago y vecino y regidor de dicha villa, por el pago de la dote prometida a la referida Doña María. Valladolid, 21 de feberero de 1615: «...la escritura de dote que en ella se hace mincion por lo qual parece que en la dicha villa de Avilés primero del mes de junio del año passado de mil y seiscientos y cinco el capitan Hernando de las Salas (sic por Alas) i doña Catalina Menéndez su muger y Hernando de las Salas doña Catalina Menéndez su (Tachado: muger) e Hernando de las Alas hijo del dicho capitan con su licencia y el almirante Juan Alvarez se conçertaron de quel dicho almirante se case-se por palabras de presente que fueren verdadero matrimonio con la dicha doña Marias de las Salas y para ayuda de sustentar las cargas de matrimonio con la señora dicha e prometieron ziertos vienes entre los quales la dicha Doña Catalina en virtud de la licencia que para el dicho efeto tubo del dicho su marido la prometio de sus vienes quinientos ducados por la hacienda que tenia en el concejo de Llanera devaxo de la campana de Ssantiago dArlas y en lo mexor parado de sus vienes los quales se obliga da(r) desde el dia de la fecha de la escritura en quatro años primeros siguientes y que pagada la dicha cantidad los dichos vienes quedasen libres lo qual fue aceptado por el dicho almirante Juan Alvarez como de la dicha escritura consta...».

³⁴ Archivo Histórico de Asturias = AHA. Protocolos Notariales = PN, 16. Protocolo del año 1613. Escribano Luis de Valdés Bango, fol. 17-20: Obligación otorgada por Toribio de Aegüelles de Celles, vecino y regidor de Oviedo y de Lluarca, a favor de Doña María de las Alas, esposa de Juan de León Falcón, vecinos de Avilés, y viuda del general Juan Álvarez de Avilés, en virtud de la cual se obliga a pagar a estos los reditos y pagas atrasados y no pagados y los que se hayan de cobrar en el futuro, de un juro que el rey Don Felipe III le había concedido a la dicha Doña María (Madrid, 31 de octubre de 1607), sobre las sedas del reino de Napoles, por razón de los meritos y servicios del general, para cuyas gestiones y cobranza, con las condiciones que se especifican, el referido matrimonio había apoderado al Licenciado Pedro de Argüelles de Celles, residente en Roma, y hermano de Toribio; y en el mismo acto Doña María y su esposo se obligan a dar al licenciado una tercera parte de las cantidades que cobrará. Avilés, 9 de marzo de 1613; fol. 322-325: Poder otorgado por Juan de León Falcon, y por su mujer Doña María de las Alas, vecinos de Avilés, viuda del general Juan Álvarez de Avilés, a favor del Licenciado Pedro de Argüelles de Celles, natural del concejo de Siero, residente en Roma, para que en su nombre haga las gestiones y cobranza de los reditos y pagas atrasados y no pagados y futuros, según las condiciones que se especifican, de un juro que el rey Don Felipe III (Madrid, 31 de octubre de 1607) concedio a Doña María sobre las sedas del reino de Napoles, por los meritos y servicios del dicho general. Avilés, 9 de marzo de 1613.

León Falcón, y Don Pedro Menéndez de Avilés, caballero de Santiago, sobre la dote de aquella, pues cuando se había casado con Juan Álvarez de Avilés, su madrastra, Doña Catalina Menéndez de Avilés, hija del Adelantado, le había prometido para sustentar las cargas del matrimonio quinientos ducados³⁵.

El se dice «*hijo legitimo unico y universal heredero*» de su progenitor, sin embargo hay constancia de que tenía un hermano el capitán Juan Álvarez³⁶. Su abuelo, seguramente paterno, también se llamaba Juan Álvarez³⁷, y se sabe que tenía, al menos tres tías, una apodada «*la ciega*»³⁸ y otras dos que respondían a los nombres de Catalina de Valdés³⁹ y Francisca de Valdés⁴⁰.

Nuestro personaje era de condición patricia como el mismo lo declara⁴¹. Queda por lo tanto para los genealogistas el trabajo de precisar su abolorio, en medio del prolífico ramaje de los Valdés, solar que era una de sus cepas originarias. No era estirpe acaudalada, sino de modesto pasar. Los bienes que le dejó su padre no representaban gran cosa. Cuando en 1632 escribe a Felipe IV reconoce «*mi rreputacion que es solo el maiorazgo que herede para poder*

³⁵ La última esposa del general Juan Álvarez de Avilés, Doña María de las Alas, era hija del capitán Hernando de las Alas y de su mujer Doña Catalina de Llano, y nieta paterna de Hernando de las Alas El Viejo y de su esposa María Álvarez. El capitán Hernando de las Alas, en estado de viudez, volvió a matrimoniar con Doña Catalina Menéndez de Avilés (viuda a su vez de Hernando de Miranda y de las Alas) hija de Pedro Menéndez de Avilés, Adelantado de la Florida y de su consorte Doña María de Solís. El pleito que se movió en 1612, por la dote de Doña María tuvo por parte contraria al santiaguista Don Pedro Menéndez de Avilés, heredero de la Casa del Adelantado, y sobrino de Doña Catalina Menéndez.

ARCHV. Ejecutorias, 2234, 14. Ejecutoria dictada por la Real Chancillería de Valladolid, en el pleito entre Fernando de las Alas Llano, vecino y regidor de Illas, y Juan de León Falcón y su mujer Doña María de las Alas Llano, vecinos de Avilés, sobre los bienes hereditarios pertenecientes a los hermanos citados Fernando y Doña María de las Alas Llano. Valladolid, 24 de diciembre de 1617.

Ciriaco MIGUEL VIGIL, *Noticias biográfico – genealógicas de Pedro Menéndez de Avilés: primer adelantado y conquistador de La Florida continuadas con las de otros asturianos que figuraron en el descubrimiento y colonización de las Américas*, (Avilés, 1892), pp. 42-45.

³⁶ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «...capitan Juan Álvarez hermano del dicho Sebastián Alvarez...».

³⁷ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «mas da por descargo ducientos rreales que se dieron al capitan Joan Alvarez abuelo del dicho Sebastián Alvarez y por su mandado...».

³⁸ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «mas da por descargo doce rreales que rrecivio el dicho Sebastián Alvarez que dio a la ciega su tia...».

³⁹ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «mas da por descargo trecentos rreales que dio al dicho Sebastián Alvarez Catalina de Baldes su tia».

⁴⁰ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «mas da por descargo quatrocientos rreales que dio el dicho Sebastián Alvarez para dar a Francisca de Baldes su tia para ayuda de se casar con Joan Alvarez Barbalde ques el que lo rrecivio de mano del dicho Sebastián Alvarez para yr a Caldas a ordenarse».

⁴¹ Archivo General de Indias = AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 86: Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, oidor de la audiencia de Panamá, al rey Don Felipe IV. Panamá, 28 de octubre de 1632: «cumpliendo con las obligaciones de Asturiano noble».

vivir»⁴² A su tía Francisca, Sebastián, siendo menor, le dio la única dote que recibió para casarse, es decir cuatrocientos miserables reales⁴³. Esta señora matrimonió con un modesto Avilésino, Juan Álvarez de Varvalde, que habiéndose enrolado como marinero en la flota de Nueva España, del general Don Lope de Hoces, murió por el año 1619 en el viaje de regreso⁴⁴.

No hay duda que procedía de una prosapia en la que la vocación militar era muy frecuente, pues soldado no solo lo fue su padre, sino también su abuelo paterno⁴⁵ y su hermano⁴⁶. Este combatió en Flandes⁴⁷ y acompañó a su progenitor en la jornada del estrecho de Gibraltar. En ella fue capitán de la nao capitana y cayó prisionero de los holandeses, aunque al fin sería rescatado⁴⁸. Pero sin duda el personaje más ilustre de esta saga era el general Juan Álvarez de Avilés, cuya impóluta hoja de servicios comenzó a destacarse en la desdichada jornada de la llamada Armada Invencible, el año 1588. Allí sirvió de

⁴² AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 86: Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, oidor de la Audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 28 de octubre de 1632.

⁴³ Véase documento citado en la nota 40.

AGI. Contratación, 950, N. 10: Expediente sobre los bienes y derechos relictos de Juan Álvarez de Barbalde, natural de Avilés, marinero en la nao del capitán Vicente de Urresti, de la flota de Nueva España, al mando del general Don Juan de Hoces. Sevilla, 10-26 de mayo de 1621. Testamento de Juan Álvarez de Valverde (sic), Nueva Veracruz, 4 de octubre de 1621: «*Yten declaro que io soy casado en faz de la Santa madre Yglesia con Francisca de Baldes mi muger questa en la villa de Avilés y al tiempo que me case con ella me dieron de dote quatrocientos rreales mando se le paguen de lo mas bien parado de mis bienes*».

⁴⁴ AGI. Contratación, 950, N. 10: Expediente. Testimonio del capitán Vicente de Urresti. Sevilla, 21 de mayo de 1621: «*ques verdad quel dicho Juan Alvarez difunto contenido en el dicho pedimiento fue sirviendo plaza de marinero en la nao deste declarante el año passado de seisçientos y diez y nueve del cargo del general don Lope de Hoces el qual dicho Juan Alvarez fue concertado or yda estada y vuelta en siento y cinco ducados como los demas marineros el qual murió a cabo de un mes despues de aber llegado la flota a San Juan de Lua en el ospital...*». Poder otorgado por Francisca de Valdés, vecina de Avilés, viuda de Juan Álvarez de Varvalde, muerto de vuelta de la jornada de las Indias en Sevilla, a favor del capitán Juan Álvarez de Avilés y Builla, residente en Cadiz, para que en su nombre cualquier bien o derecho que haya dejado por su muerte el dicho Juan Álvarez de Varvalde. Avilés, 14 de enero de 1621. Sustitución de poder otorgado por el capitán Juan Álvarez de Avilés, vecino de Cadiz, del que al otorgante dio Francisca de Valdés, vecina de Avilés y viuda de Juan Álvarez de Varvalde, en Avilés el 14 de enero de 1621, a favor de Alonso de Sotomayor, vecino de Sevilla en Triana y de Antonio Ruiz Navarrete, procurador de la Audiencia de la Casa de Contratación de las Indias en Sevilla. Sevilla, 13 de mayo de 1621.

⁴⁵ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación. Avilés, 15 de junio de 1609: «*mas da por descargo treynta y dos rreales que costo el luto del capitan Joan Alvarez su abuelo los quales se pagaron por mandado del dicho Sebastián Alvarez*».

⁴⁶ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación. Avilés, 15 de octubre de 1609: «*mas da por descargo veinte y quatro rreales que se dieron al dicho Sebastián Alvarez para dar al capitan Juan Alvarez su hermano*».

⁴⁷ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación, Avilés, 15 de octubre de 1609: «*mas da por descargo trezientos rreales que rreçivio el dicho Sebastián Alvarez para pagar el alquiler de las mulas que trajeron al cappitan Joan Alvarez su hermano quando bino de Flandes*»

⁴⁸ Cesareo FERNÁNDEZ DURO, *Armada Española (desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón)*, III, (Madrid, 1897), p. 235 n. 1. Feliciano RAMÍREZ DE ARELLANO, Marqués de la Fuensanta del Valle, José SANCHEZ RAYÓN, Francisco de ZABÁLBURU, *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, LXXXI, (Madrid, 1883), p. 345 y 369.

capitán y de piloto de un patache, y como cayó prisionero del enemigo solo pudo volver a España al año siguiente junto con el gran marino vasco Pedro de Zubiaur. Desde este tiempo hasta su muerte desempeñó una actividad militar excelente, en la que demostró sobre todo su pericia en el mar, y aparece al lado o a las órdenes de insignes jefes como Bazán, Avellaneda, Aramburu, Broche-ro o Bertendona. Falleció a finales de abril de 1607 en aguas de Gibraltar, cuando con el oficio de capitán general de la armada se enfrentó a navios holandeses⁴⁹. Su fin debió ser espeluznante pues murió descuartizado⁵⁰.

Al morir el general, Sebastián Álvarez quedó en minoría con veinte años, y por lo tanto necesitaba un curador nombrado por la justicia. Este fue un pariente suyo, Pedro Álvarez de Valdés, vecino y regidor de Avilés y uno de los hidalgos más calificados y notorios de la comarca. Desempeñó con diligencia su oficio: viajó a Andalucía a hacerse cargo de los bienes que el general había dejado⁵¹ y administró los dineros para celebrar las exequias y entierro del ilustre marino que se hicieron con toda pompa en Avilés⁵².

⁴⁹ En la liquidación de las cuentas de la curaduría de Sebastián Álvarez, hecha en Avilés en octubre de 1609, se asegura que el general Juan Álvarez de Avilés había fallecido hace treinta meses, es decir en el mes de abril de 1607. En realidad el combate sucedió el día 25 de abril, festividad de San Marcos, de 1607. Sobre esta batalla: FERNÁNDEZ DURO, *Armada Española*, III, p. 232-236.

RAMÍREZ DE ARELLANO, SANCHO RAYÓN, ZABÁLBURU, *Colección*, LXXXI, p. 367-369.

⁵⁰ AGI. Patronato, 254, N. 1. G. 7, R. 1: Expediente sobre la petición del Licenciado Sebastián Álvarez de Avilés, catedrático de la universidad de Oviedo, a Su Majestad, sobre le haga merced en atención a sus méritos y a los servicios de su padre el general Juan Álvarez de Avilés, de destinarle a una plaza en las audiencias de Méjico o Lima. S. l. s. f. (1618-1625). Relación del Licenciado Duarte Navarro, relator del Consejo de las Indias sobre la instancia del Licenciado Sebastián Álvarez de Avilés, que pide a Su Majestad, en atención a sus méritos y a los servicios de su padre el general Juan Álvarez de Avilés, una plaza en las audiencias de Mejico o Lima: «*Rrelacion de los servicios que hiço a Su Magestad el general Juan Álvarez de Avilés*».

⁵¹ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Alegación de Juan de Quirós: «*...porque abiendo muerto el general Juan Alvarez padre de la parte contraria en la mar sin hacer testamento ni dexar declarado sus cosas el dicho su parte abia seydo proveido por curador del dicho parte contraria y dejando sus negocios propios abia ido personalmente a la audiencia de Sevilla Cadiz San Lucar de Varrameda y Xerez de la Frontera y Puerto de Santa María a descubrir la hazienda que abia dexado el dicho general y por su buena yndustria sin tener testigos ni papeles ni otra claridad avia descubierto e cobrado treinta e nueve mill quatrocientos y setenta e cinco rreales de que abia hecho las osequias y gastos funerales y cunplimiento del alma del dicho general honradamente conforme a la costumbre de a tierra...*».

⁵² Parece que en un principio se enterró al general en el monasterio de San Francisco de Gibraltar, y despues se le trasladó al convento del mismo nombre en Avilés. RAMÍREZ DE ARELLANO, SANCHO RAYÓN, ZABÁLBURU, *Colección*, LXXXI, p. 369.

ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8: Ejecutoria. Liquidación: «*quatrocientos y diez y ocho rreales que costaron diez y nueve fanegas descanda que se gastaron en los ofçios y año fatal y cabo de año en quatro semanas que se oblado ademas del año al general Joan Alvarez padre del dicho SSebastián Alvarez en las quales diez e nueve fanegas descanda entran quatro quel dicho Pedro Alvarez de Valdés dio por horden del dicho Sebastián Alvarez al capitan Juan Alvarez su hermano y es declaración que aunque en los dichos ofcios cabo de año y oblada se gastaron treinta fanegas no se hiço mención en este descargo ecepto de las diez y nueve porque las demas se desquentan por aberlas cobrado el dicho Pedro Alvarez de Baldes en dos años del foro ques del dicho Sebastián Alvarez que se dice de Falinque de que heran llevadores Alonso del Valle y la viuda de Pedro del Valle = mas da por descargo duientos y veinte y cinco rreales que se gastaron*

En 1609 fue Sebastián declarado mayor de edad y Pedro Álvarez de Valdés rindió las cuentas de la curaduría, que al final fueron aprobadas por el pupilo, aunque no quiso firmarlas⁵³. En realidad no estaba satisfecho con la liquidación que se le había hecho y por eso el año 1610 recurrió a la audiencia de Valladolid para recusarlas. En esta chancillería obtuvo sentencias de vista y

en domingo y sabado de todo el año en obladar al dicho general ademas de la dicha escanda = mas da por descargo diez y ocho rreales que se gastaron en quatro semanas que se oblado demas del año fatal = mas da por descargo docientos y treinta y quatro rreales de treynta y seis libras de zera a seis rreales y media la libra para doce achas que se gastaron en los tres meses y doce rreales de hechuras que por todo monta ducientos y quarenta y seis rreales = mas da por descargo çiento y quarenta y nuebe rreales y medio que pago el dicho Pedro Alvarez de Baldes a Domingo de Carreño mayordomo que hera de la cofradía del rrosario que se debían de derechos de entrada y limosna de dos años y de la çera que se gasto en los oficios de las dichas cofradías = mas da por descargo catorce rreales que pago por dos libras de cera de las cofradías de Nuestra Señora de las Mareas y señor San Telmo = mas da por descargo que pago el dicho Pedro Alvarez de Baldes a Francisco de Venavides comendador de la Merced de Rrayces por los oficios y acompañamiento seys ducados = mas da por descargo el dicho Pedro Alvarez de Baldes que pago a Pedro Galan de los derechos de los fosarios veinte y tres rreales mas da por descargo que pago el dicho Pedro Alvarez de Baldes al dicho Pedro Galan del cabo de año ocho reales = mas da por descargo el dicho Pedro Alvarez de Baldes ciento y ocho rreales que pago al cura de Sabugo de derechos del entierro y oficios y nuebe días y treynta rreales de quatro carneros de que me dio carta de pago = mas da por descargo treynta rreales del rresponso anual y misa cantada y vigiliás del cabo de año = mas da por descargo ducientos y veinte rreales que dio el dicho Pedro Alvarez de Baldes al convento de señor San Francisco desta villa de dos sermones y misas los tres días del entierro = mas da por descargo se pago del cabo de año al dicho convento de misas y vigiliás quarenta y quatro rreales = mas da por descargo se pagaron a diez y seis curas questubieron al entierro y dos oficios cada uno doce rreales por los tres días que dixerón misas y no se les dio de comer que monta en todo la limosna de los dichos diez y seis curas ciento y noventa y dos rreales = mas da por descargo veinte y dos rreales que se pagaron al convento de nuestra Señora de Rrayces por el cabo de año misa cantada y vigilia = mas da por descargo se pago a quatro curas por las misas del cabo de año a cada uno quatro rreales que montan diez y seis rreales...mas da por descargo siete rreales de cera que se gasto en el cabo de año mas da por descargo çiento y quarenta y tres rreales que se gastaron de bino en las ofertas principal y gasto de convidados = mas da por descargo ochenta rreales de doce carneros que se ofrecieron el día del entierro = mas da por descargo sesenta y un rreales y medio de veinte y siete gallinas y capones y un carnero que se gastaron con los convidados y frayles de la Merced a quien se dio de comer y conpango de las ofertas de los nuebe días que se quantan las gallinas y capones a dos rreales y el carnero a siete rreales y medio = mas da por descargo cinquenta rreales un buey que se gasto y mato paradar de coer a los frailes de la Merced y convidados y pobres = mas da por descargo quarenta e quatro rreales de una baca que se ofrecio...mas da por descargo ochenta y tres rreales de las misas quel señor general qua aya gloria avia mandado deçir en Nuestra Señora de Rrayces=...mas da por descargo onze rreales y medio de un carnero y dos acumbres de vino que se llebo en la oferta del cabo de año del geneal por manera que suma y monta el descargo...»; Alegación de Juan de Quirós, procurador del número de la chancillería de Valladolid: «Yten agraviaron en su parte aver rrebatido diez y seis ducados de los veynte que se dieron al monasterio de San Francisco de la dicha villa de Abiles porque rrealmente su parte avia dado e pagado los dichos veinte ducados por el acompañamiento y limosna de las misas que se abian dicho en los tres días del entierro y dos sermones en los quales dichos tres días abian asistido siempre a los dichos oficios doce frailes del dicho monesterio y avia sido limosna muy moderada e la avia pagado el mismo Sebastián Alvarez con dinero que su parte le avia dado...».

⁵³ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. El 13 de octubre de 1609 en Avilés, Sebastián Álvarez, declarado capaz para administrar sus bienes, pidió que su curador Pedro Álvarez de Valdés, vecino y regidor de dicha localidad rindiera cuentas de la administración. Se trasladó a este el requerimiento y las partes nombraron contadores, que lo fueron Hernando de las Alas Llano y Juan de León Falcón, vecinos de Avilés. Se hizo la liquidación el 15 de octubre; el siguiente día 20 se notificaron a las partes que las refrendaron, aunque Sebastián Álvarez no quiso firmarlas. El 26 de octubre fueron aprobadas por Boiso Suarez de Solis, juez ordinario de dicha villa.

revista en 1611⁵⁴, y al final ejecutoria, en 1612⁵⁵, mediante las cuales se atendieron algunos de sus requerimientos.

II. ALUMNO Y CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

No se sabe dónde Sebastián Álvarez adquirió la formación primaria, es decir la de leer, escribir y contar. Acaso en el mismo seno de su hogar o a cargo de un maestro asalariado, como era usual en aquel tiempo, sobre todo entre las clases más acomodadas. También se ignora dónde estudio gramática, es decir la latinidad, necesaria para el acceso a la universidad. En Asturias, por aquel entonces, existía un establecimiento de gran prestigio que se ocupaba de esta disciplina, el Colegio de San Gregorio de los Pardos de Oviedo⁵⁶.

De lo que sí hay noticia es donde curso los estudios superiores: según su propia confesión comenzó a estudiar derecho en la universidad de Salamanca, después los siguió en la de Valladolid en la que alcanzó el bachillerato en Cánones⁵⁷. En este tiempo vestía, conforme a su condición, un manto y sotana negros⁵⁸. Ya inaugurada la de Oviedo, en ella se hizo bachiller en Leyes y licenciado en Cánones. Y también estuvo de pasante tres años en el Monasterio de San Francisco de la villa de Avilés⁵⁹.

⁵⁴ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Las sentencias de vista y revista están dictadas en Valladolid, el 31 de mayo y el 6 de diciembre de 1611.

⁵⁵ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Valladolid, 18 de junio de 1612.

⁵⁶ ALFONSO DE CARVALLO, *Antigüedades*, p. 464: «*Fundo (Don Fernando de Valdés) en la Ciudad de Oviedo el Colegio de San Gregorio, uno de los mejores Estudios de Latinidad que ay en España (si no es que por estar à mi cargo al presente ay descaído.)*» El P. Carvallo escribía esto por los años 1606-1616.

⁵⁷ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación. Avilés, 15 de octubre de 1609: «*mas da por descargo nuebeçientos rreales que rreçivio el dicho Sebastián Alvarez para sus estudios quando fue con su hermano...mas da por descargo que rreçivio el dicho Sebastián Alvarez de su curador seiscientos rreales por mano de Joan de Vango en Valladolid para sus estudios y gastos – mas da por decargo otros seiscientos rreales que rreçivio el dicho Sebastián Alvarez de su curador por mano de Toribio Falcon en Valladolid para el gasto de su persona y sus estudios...*».

⁵⁸ ARCHV. Ejecutorias, 2112, 8. Ejecutoria. Liquidación. Avilés, 15 de octubre de 1609: «*mas da por descargo trecientos y veinte e cinco rreales que costaron ocho baras y media de paño negro para manto y sotana para el dicho Sebastián Alvarez*».

⁵⁹ AGI. Patronato, 254, N. 1, G. 7, R. 1: Instancia del Licenciado Sebastián Álvarez de Avilés, catedrático de la Universidad de Oviedo, mediante la cual, en atención a sus méritos y a los servicios de su padre el general Juan Álvarez de Avilés, cuya relación extractada acompaña, pide una plaza de las audiencias de Mejico o Lima. S.l. s. f. (1618-1625): «*El liçenciado Sebastián Álvarez de Avilés chatedratico de la Universidad de Oviedo hijo legitimo unico y universal heredero del general Juan Álvarez de Avilés que murio pelando con la armada olandesa en el estrecho de Gibraltar. Dice que ha mas de doze años que studia derechos començando en la Unibersidad de Salamanca y Valladolid a donde se graduo de bachiller en canones y despues se rreçogio a pasar al convento de San Francisco de la villa de Avilés en Asturias a donde estudio con mucho cuidado y vigilancia tres años...por la qual (universidad de Oviedo) esta graduado de bachiller en Leyes y liçenciado en Canones...*».

Pero, por lo que se ve, el estudiante Sebastián no solo se devanaba los sesos sobre los bártulos y el decreto sino también tenía tiempo para holgarse. Y así ocurrió en 1610, la noche de un lunes de carnestolendas, o como entonces se decía de *antroxu*: él y otros escolares iban en Avilés por la calle celebrando los carnavales y tocando la guitarra, cuando tuvieron un encuentro con el escribano Corral, Juan de Zuloaga, y un alguacil y un paje de Don Juan de Acevedo, gobernador del principado. En el enfrentamiento salieron las espadas de sus vainas y se acuchillaron, de resultas de lo cual uno de aquellos Medero González Espiga, resultó herido en el muslo y pocos días después fallecía. La fiesta, por lo tanto, terminó mal, y las consecuencias podían haber sido nefastas para Sebastián, si no fuera porque al final hubo arreglo y composición. Eso sí el perdón le costó cincuenta y tres ducados y medio⁶⁰.

⁶⁰ AHA. PN, 15-1. Protocolo del año 1610. Escribano Luis de Valdés Bango, fol. 387-387 vto.: Declaración de Medero González Espiga, estudiante, vecino de Avilés, sobre que el estado grave en el que se encuentra, no es consecuencia de agresión alguna del enfrentamiento en el que intervino el pasado día 22 de febrero, yendo de noche con una guitarra, en compañía de Alonso Fuertes de las Alas, Alonso de las Alas, Sebastián Álvarez, Domingo Álvarez de la Campa, estudiante, Fernando de Bango El Mozo, Alonso Rodríguez, estudiante, Gabriel Vázquez, espadero, y un estudiante de Carrion de los Condes, residentes en Avilés, con Luis López del Corral, escribano, Juan de Zuloaga, un alguacil y un paje del gobernador del principado, Don Juan de Acevedo, por la cual los perdona y exime de responsabilidad. Avilés, 24 de febrero de 1610; fol. 388: Testimonio de Luis de Valdés Bango, escribano del número de Avilés y su vecino, sobre la veracidad del testimonio de Medero González Espiga, estudiante, vecino de Avilés, y sobre un mandato de dar un traslado de ella a Domingo Álvarez de la Campa. Mandato y auto de Don Juan de Acevedo, gobernador del Principado de Asturias, para que se haga un traslado de la declaración de Medero González Espiga, estudiante, vecino de Avilés, y se le incorpore al proceso que corre sobre su muerte. Avilés, 12 de marzo de 1610; fol. 389-389 vto.: Poder otorgado por Ines González, esposa de Juan de Espiga, ausente, y madre de Medero González Espiga, difunto, con licencia de Cristóbal de Valdés Bernaldo, juez ordinario de Avilés y su jurisdicción, a favor de Pedro Martínez Pumarino, vecino y regidor de Avilés, para que se querelle, y en su caso perdone y remita la pena, contra García de Agüero, Felipe de la Vega, Juan de Zuloaga, Luis López del Corral, escribano, Fernando de Bango El Mozo, Alonso Fuertes de las Alas, Alonso de las Alas El Mozo, Domingo de la Campa, Sebastián Álvarez, Alonso Rodríguez, hijo de Miguel, y Gabriel Vázquez, espadero, vecinos y residentes en Avilés, por la muerte de su hijo Medero González Espiga. Avilés, 6 de abril de 1610; fol. 390-391 vto.: Perdón otorgado por Pedro Martínez Pumarino, vecino y regidor de Avilés, en nombre de Ines González, mujer de Juan Espiga, ausente, de la misma vecindad, en la causa por la muerte de Medero González Espiga, difunto, contra García de Agüero, Felipe de la Vega, Juan de Zuloaga, Luis López del Corral, escribano, Sebastián Álvarez, Alonso Fuertes de las Alas, Alonso de las Alas El Mozo, Fernando de Bango El Mozo, Domingo de la Campa, Alonso Rodríguez, hijo de Miguel Rodríguez, zapatero, y Gabriel Vázquez, espadero, vecinos y residentes en Avilés, a favor de García de Agüero, Felipe de la Vega, Luis López del Corral, Juan de Zuloaga, Sebastián Álvarez, Fernando de Bango El Mozo, Alonso Fuertes de las Alas, Alonso de las Alas El Mozo, Domingo Álvarez de la Campa y Alonso Rodríguez, pero no de Gabriel Vázquez, espadero, mediando el pago de ciento treinta y siete ducados y medio a Ines González, para las costas y gastos, en esta manera, Sebastián Álvarez, cincuenta y tres ducados y medio, Alonso Fuertes de las Alas, cuarenta, Fernando de las Alas Pumarino, en nombre de Alonso de las Alas El Mozo, veinte, Julián de Lavandera, en nombre de Domingo de la Campa y Alonso Rodríguez, estudiantes, veinte, Gonzalo Álvarez de Bandujo, en nombre de Luis López del Corral y Juan de Zuloaga, cuatro. Avilés, 6 de abril de 1610; fol. 392-393 vto.: Perdón otorgado por Ines González, vecina de Avilés, mujer de Juan Espiga, ausente en Indias, en la causa de la muerte de su hijo Medero González Espiga, producida cuando iba con Alonso Fuertes de las Alas, Alonso de las Alas, Sebastián Álvarez, Fernando de Bango el Mozo, Domingo de la Campa y Alonso Rodríguez, estu-

Una vez graduado opositó a la cátedra de Instituta de la universidad de Oviedo, la que consiguió en competencia, y así la desempeñó, junto con las sustituciones de las de Prima de Leyes y Cánones. En el año 1618 se ocupó de esta desde el mes de enero hasta las vacaciones mayores⁶¹. Por la destrucción del archivo académico no es posible precisar con minucia las fechas inicial y final de sus ejercicios docentes. En este tiempo eran catedráticos de Prima de Leyes, el Doctor Cosme de Valdés, y de Prima de Cánones, el Doctor Martín Vázquez de Prada. Resulta probable que fuera a ellos a los que nuestro personaje sustituyó⁶².

Avilés nunca alcanzó el doctorado requisito ineludible y necesario para ser catedrático en Oviedo⁶³, señal de que, por la dificultad de encontrar docentes, fue necesario aligerar las exigencias estatutarias⁶⁴.

Los nombres de los profesores de las facultades de Leyes y Cánones, que desempeñaron la docencia en aquellos primeros años de la universidad, solo se pueden conocer con aproximación por fuentes documentales no propiamente académicas. Una de ellas es la riquísima serie de protocolos nota-

diantes, en la cual son inocentes García de Agüero, Juan de Zuloaga, Alonso Fuertes de las Alas, Luis López del Corral, Alonso de las Alas, Fernando de Bango, Domingo de la Campa y Alonso Rodríguez, hijo de Miguel Rodríguez. Avilés, 8 de mayo de 1610.

⁶¹ AGI. Patronato, 254, N.1, G. 7, R.1: Instancia: «Al fin de los quales se fue a la universidad de Oviedo a donde en competencia llebo la chatreda de Institura la qual ha que rregenta mas de tres años y medio substituyendo ansimismo en este tiempo las chatredas de prima de canones y leyes siempre que faltavan o se ausentaban los propietarios y no otros ninguno en particular el año de 618 que substiuvo la chatedra de prima de canones desde el mes de henero hasta las va(ca)çiones mayores rregentando juntamente su chatreda muy a satisfacion de la dicha universidad...».

Estatutos Viejos (1607), Título V: «Item que los Catedráticos esten obligados a leer por su persona hasta las vacaciones, las cuales sean desde el día de Nuestra Señora de Setiembre, hasta el día de San Lucas...Item ordenamos que demas de las fiestas que manda guardar generalmente nuestra Santa madre Iglesia sea día feriado y asueto para dejar de leer el jueves de cada semana, salvo si en ella no cayere otra fiesta, y demas de esto señalamos por días no lectivos los ocho que hay desde Navidad a año nuevo, a los quinze desde el domingo de Ramos de la Semana Santa hasta Cuasimodo inclusive, y todos los días de las festividades de Nuestra Señora, Doctores de la Iglesia, Santa Lucia, Santa Catalina, San Martín y San Nicolas». CANELLA SECADES, *Historia*, p. 629-630.

⁶² La regulación de estas plazas aparece en los *Estatutos Viejos* en los títulos III al VIII. CANELLA SECADES, *Historia*, p. 624-636.

⁶³ *Estatutos Viejos* (1607), Título VIII: «Item por quanto fundandose como se funda ahora de nuevo esta Universidad, no pueden hallarse Maestros ni Doctores graduados por ella, que den principio a los demas que hubiere de haber por discurso de tiempo, estatuímos y ordenamos que los Catedraticos, que por esta primera vez fueren por nos nombrados segun lo que ya queda dispuesto, pues seran graduados por otras Universidades de Doctores y Maestros, los que no lo fueren se graduen por esta Universidad dentro de quatro meses del día de la publicacion y sean ipso iure habidos por incorporados en esta dicha Universidad».

CANELLA SECADES, *Historia*, p. 633.

⁶⁴ Otra laguna sobre la historia universitaria del siglo XVII, es la que toca a sus aspectos administrativos y económicos, muy poco estudiados. Si hay que señalar la estrecha y benéfica relación del estudio general con el cabildo catedral de Oviedo, cuyos miembros fueron catedráticos en las facultades de Cánones y Teología, o rectores y vicerrectores de la universidad.

riales en la que figuran algunos de ellos como los doctores Lorenzo Fernández Briceño Busto, Gabriel de Morán Bernaldo, Cosme de Valdés, Rodrigo de Peon Hevia, Lope de Cienfuegos Oviedo, Juan Ruiz de Villar, Alonso de Solares, Bernardo de Heredia, Domingo de Mier, Luis García Rodríguez o Juan de Faes Valdés⁶⁵.

⁶⁵ De estos catedráticos hay interesantes documentos en diversos archivos, hasta ahora apenas explorados y publicados, para conocer su personalidad humana y profesional, que en algunos casos es muy sugestiva.

AHA. PN, 7007. Protocolo del año 1608. Escribano Juan Morán de la Rúa, fol. 431-532 vto.: Poder otorgado por el rector y claustro de la universidad de Oviedo, en él, entre otros, el Doctor Lorenzo Fernández Busto Briceño, catedrático de Sexto de Cánones, el Doctor Gabriel Morán Bernaldo, catedrático de Prima de Leyes, el Doctor Cosme de Valdés, catedrático de Visperas de Leyes, y el Doctor Rodrigo de Peon Hevia, catedrático de Instituta, a favor de Suero González de Arango, vecino y regidor de dicha ciudad y de Pravia, administrador y receptor del Colegio de San Gregorio, para la cobranza de rentas pertenecientes a dicho establecimiento. Oviedo, 20 de noviembre de 1608.

AHA. PN, 6928. Protocolo del año 1609. Escribano Andrés Álvarez, fol. 1-5 vto.: Escritura de censo otorgada por el Doctor Lope de Cienfuegos Oviedo, vecino y abogado de Oviedo y catedrático de Leyes en su universidad, por la cual reciben del Hospital de San Juan El Real de dicha localidad, y en su nombre los también otorgantes, Doctor Lazcano, canonigo de lectura de la catedral de Oviedo y catedrático de Biblia de su universidad, administrador de dicho hospital, Doctor Juan Ruiz de Villar, arcediano de Benavente y catedrático de Visperas de Cánones y Licenciado Pedro de Solís Villafañe, canonigo en dicha iglesia y comisarios de su cabildo, como patrono del mentado establecimiento, doscientos ducados de principal, por los cuales ha de pagar ciento diez reales anuales, y a cuyo cumplimiento el primero pone sus bienes en garantía. Oviedo, 10 de julio de 1609.

AHA. PN, 7121. Protocolo del año 1609. Escribano Pedro González Muñiz, s. fol.: Poder otorgado por los doctores Don Juan Ruiz de Villar, Bernardo de Heredia y Rodrigo de Peon Hevia, catedráticos de la universidad de Oviedo, a favor del Doctor Alonso de Solares, catedrático de Digesto Viejo, en dicha universidad, para que defienda la parte de esta en la causa que en la chancillería de Valladolid tiene con el provisor de la diócesis de Oviedo por el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica sobre los colegiales clérigos. Oviedo, 19 de noviembre de 1609; Protocolo del año 1610. Escribano Pedro González Muñiz, s. fol.: Poder otorgado por el rector y claustro de la universidad de Oviedo, en él, entre otros, Doctor Bernardo de Heredia, catedrático de Prima de Cánones, Doctor Cosme de Valdés, catedrático de Visperas, Doctor Rodrigo de Peon, catedrático de Instituta y Doctor Domingo de Mier, catedrático de Decreto, a favor de Diego de la Concha Miera, vecino de Oviedo y mayordomo de su universidad, para la cobranza de rentas pertenecientes a dicho establecimiento. Oviedo, enero de 1610; s. fol.: Poder otorgado por el rector y claustro de la universidad de Oviedo, y en él, entre otros el Doctor Cosme de Valdés, catedrático de Visperas, a favor de Diego de la Concha Miera, vecino de Oviedo y mayordomo de su universidad, para la cobranza de rentas pertenecientes a dicho establecimiento. Oviedo, 24 de abril de 1610.

AHA. PN, 7081. Protocolo de los años 1609-1610. Escribano Luis López, s. fol. Poder otorgado por los comisarios nombrados por el rector y claustro de la Universidad de Oviedo, a favor del Doctor Lorenzo Fernández Briceño, su catedrático de Sexto, para representarla ante los testamentarios de Don Fernando de Valdés, su fundador, y el nuncio. Oviedo, 5 de agosto de 1610.

AHA. PN, 15-1. Protocolo del año 1610. Escribano Luis de Valdés Bango, fol. 251: Carta de pago otorgada por el Doctor Morán Bernaldo, regidor de la universidad de Oviedo y catedrático de Prima de su universidad a favor de Esteban de la Carrera, francés, vecino de Cabritón, en Francia, maestro del navío denominado el Feni, amarrado en la ría y puerto de Avilés, de mil reales a cuenta del pago de cincuenta arrobas de avellanas que le vendió. Avilés, 16 de octubre de 1610.

AHA. PN, 6928. Protocolo del año 1610. Escribano Andrés Álvarez, fol. 123: Obligación otorgada por Toribio de Lujigo, vecino de Oviedo, en cumplimiento de la sentencia arbitral pronunciada por el Doctor Bernardo de Heredia, catedrático de Prima de Cánones de la universidad de dicha ciudad, en la causa entre el dicente y su cuñado Toribio de Salgado, sobre la división de los bienes relictos de Juan de Lujigo y Catalina Menéndez, padres y suegros respectivos de las partes contendientes. Oviedo, 17 de noviembre de 1610; fol. 187-188: Carta de pago otorgada por Pedro Suarez de la Villa, vecino de Oviedo,

III. OIDOR EN LA AUDIENCIA DE PANAMÁ

Las pretensiones profesionales de Sebastián Álvarez no se contentaron con el destino universitario en Oviedo, por lo que pidió al rey le destinara a una

procurador de causas y mayordomo de la cofradía de Santa María Magdalena de Oviedo, según acuerdo de su cabildo, a favor del Doctor Moran Bernaldo, catedrático de Prima en su universidad y regidor de Oviedo, y de los herederos y bienes de Andres de Hevia de Tudela y de sus fiadores, por la cantidad de ciento doce ducados de principal de un censo que el dicho Andrés tomo de la dicha cofradía, y por todos sus reditos corridos, valor que se ha recibido en bienes y hacienda sitios en el lugar de Tudela. Oviedo, 22 de diciembre de 1610.

AHA. PN, 6969. Protocolo de los años 1600 - 1611. Escribano Gaspar González de Candamo, fol. 19-19 vto.: Arrendamiento otorgado por Alvaro de Solis Hevia, vecino de Oviedo, en nombre y con poder (Ciaño – Langreo – , 23 de marzo de 1611) de Don Pedro de Solis, señor de la casa y torre de Ciaño a favor del Doctor Lope de Cienfuegos Oviedo, de la misma vecindad y catedrático de Leyes de su universidad, de la casa, pozo, horrio y huerta, que dicho poderdante tiene en las calles de la Rua y Cimadevilla de dicha localidad, por espacio de cuatro años y treinta y tres ducados de renta en cada uno de ellos. Oviedo, 26 de marzo de 1611.

AHA. PN, 7010. Protocolo del año 1612. Escribano Juan Morán de la Rua, fol. 202-211 vto.: Escritura de censo otorgada por los doctores Don Juan Alonso de Asiego y Ribera, dean de la catedral de Oviedo y Lope de Cienfuegos Oviedo, catedrático de Código de la universidad de Oviedo, y Juan de Ribera Prada, escribano de su ayuntamiento, todos vecinos de Oviedo, por la cual reciben de Alonso Gomez, tambien otorgante, vecino de Bello (Miranda), trescientos ducados de principal, por lo cual han de pagar hasta su reintegro quince ducados anuales y para su cumplimiento aquellos ponen sus bienes en garantía. Oviedo, 8 de febrero de 1612.

AHA. PN, 7011. Protocolo del año 1613. Escribano Juan Morán de la Rua, fol. 336-336 vto.: Carta de pago otorgada por el Doctor Luis García Rodríguez, doctoral de la catedral de Oviedo, catedrático de Vísperas de Cánones en su universidad y electo doctoral de la catedral de Avila, a favor del Doctor Don Juan González de Lazcano, magistral de la misma iglesia y rector de dicho estudio, de doscientos doce mil y setenta y ocho maravedís, correspondientes a la liquidación de las cuentas de la administración del hospital de San Juan El Real de dicha ciudad, cuyo cargo tuvo el Doctor Lazcano y en tal oficio le sucedió el otorgante. Oviedo, 26 de octubre de 1613.

AHA. PN, 7012. Protocolo del año 1614. Escribano Juan Morán de la Rua, fol. 410-410 vto.: Carta de pago otorgada por Doña Mencía de Valdés, viuda del Doctor Faes, y por su hijo, el Doctor Juan de Faes Valdés, catedrático de Sexto de la universidad de Oviedo, mediante la cual reconocen que se les ha devuelto por Pedro Fernández Maujo y por su hijo el Ldo. Pelayo Fernández Maujo, secretario del obispo de Avila, Don Juan Álvarez de Caldas, la librería que del difunto Doctor Faes, le habían prestado su mujer y su hijo el Ldo. Luis de Faes, del hábito de Santiago, en 1608. Oviedo, 15 de marzo de 1614.

AHA. PN, 6947. Protocolo del año 1615. Escribano Gabriel González del Valle, s. fol.: Apertura y protocolización del testamento (Oviedo, 28 de septiembre de 1615) del Doctor Rodrigo de Peon Hevia, vecino y regidor de Oviedo y catedrático de Código que fue de su universidad, fallecido el 14 de octubre pasado. Oviedo, 23 de octubre de 1615.

AHA. PN, 7015. Protocolo del año 1617. Escribano Juan Moran de la Rua, s. fol.: Carta de pago otorgada por el Doctor Lope de Cienfuegos Oviedo, catedrático de Digesto Viejo de la universidad de Oviedo, a favor de Don Juan de Llano y Valdés, obispo de León, de la cantidad de tres mil trescientos cuarenta reales en concepto del precio de la librería teológica que pereteneó al Doctor Don Juan Alonso de Asiego y Ribera, dean de la catedral de Oviedo, y que fue adquirida por la testamentaria de Don Fernando de Valdés, arzobispo de Sevilla e inquisidor general, según tasación de los padres maestros Fray Tomás de Sierra y Fray Placido de Reinoso. Oviedo, 15 de abril de 1617.

AHA. PN, 7044. Protocolo del año 1625. Escribano Juan de Huergo de Lavandera, s. fol.: Carta de pago otorgada por el Doctor Juan de Faes Valdés, regidor de Oviedo y catedrático de Vísperas de su universidad, en nombre y con poder del Licenciado Don Antonio de Valdés, oidor y alcalde mayor de la audiencia de Galicia, y de su mujer Doña Mariana de Valdés, de cincuenta mil maravedís que pertenecen a la dicha Doña Mariana por libranza de Don Juan de Llano y Valdés, obispo de León. Oviedo, 25 de febrero de 1625.

plaza en las audiencias de la Ciudad de los Reyes o Méjico, que eran los órganos judiciales de mayor rango en las Indias. No parece que se creyera con méritos suficientes para ser oidor o alcalde del crimen en una de las audiencias de Castilla, y en todo caso a sus méritos, se permitió añadir las heroicidades de su padre. Felipe IV le otorgó la gracia a medias, pues lo escogió para una auditoría en la audiencia de Tierra Firme⁶⁶.

El 3 de noviembre de 1624 había fallecido en la ciudad de Panamá su oidor el salmantino Licenciado Hernando Ibañez de Albendea⁶⁷, noticia que comunicó a la corte el presidente Don Rodrigo de Vivero, el 24 siguiente⁶⁸. Con la acostumbrada parsimonia no se consultó en el Consejo de Indias la provisión de la plaza hasta el 7 de agosto de 1625⁶⁹. En él se propuso al rey como oidor de Panamá y por este orden a los doctores Miguel de Meñaca⁷⁰ y Gabriel de la Camara⁷¹, y a

⁶⁶ AGI. Panamá, 18, R. 4, N. 57: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme, al rey Don Felipe IV. Portobello, 18 de noviembre de 1629: «*La rreal Audiencia que rreside en Panama consta de Pressidente quatro oidores que conozen de civil y criminal y un fiscal y conforme a las ordenanzas dos botos de toda conformidad hacen sentencia y en lo que es de menor quantia uno solo y con todo eso no se a estilado asta aora dividir sala tiene yncombeniente el no hazerse porque suçeda aver causas para que alguno de los oydores no sea juez en el negocio y no ser todavía de calidad de recusacion o no atreverse la parte a hazerla y aunque se acuda a mi no lo puedo rremediar combendria al servicio de Vuestra Magestad y buena administracion de la justicia se dividiesse la sala quando pareciesse al pressidente aunque el por el gobierno ordinario lo podía proveer diran ynoba los estilos sin haver causa manifesta...».*

⁶⁷ AGI. Contratación, 376, N. 1, R. 5: Testamentaria del Ldo. Hernando Ibañez de Albendea, oidor de la audiencia de Panamá. Panamá, 3 de noviembre de 1624: «(Al margen: *FFee de muerte*) Yo Geronimo Rremon escrivano de su magestad y de provinçia en esta corte doy ffe y testimonio de verdad que oy dia de la fecha desta vide muerto naturalmente a lo que parecia al licenciado Fernando Ybañez de Albendea oydor que fue desta rreal audiencia el qual estava amortaxado con el avito de señor Santo Domingo y puesto en ataud con belas ençendidas a los lados y para que dello conste di el presente en la çidad de Panama en tres de noviembre de mill y seisçientos y veynte y quatro años y en fee dello fiçe mi signo en testimonio de verdad Geronimo Rremon escrivano de su magestad».

⁶⁸ AGI. Panamá, 17, R.8, N. 162. Carta de Don Rodrigo de Vivero, presidente de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 25 de noviembre de 1624: «*Pocos días despues que havisse a vuestra magestad de la muerte del ovispo deste Rreyno murió tambien el Lizenciado Fernando Ybañez de Alvendea oydor desta Rreal audiencia...».*

⁶⁹ AGI. Panamá, 1, N. 341: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de una plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por muerte del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea. Madrid, 7 de agosto de 1625.

⁷⁰ AGI. Panamá, 1, N. 341: Consulta. Madrid, 7 de agosto de 1625: «*El Doctor Miguel de Meñaca graduado en Canones por la Universidad de Oñate y colegial mayor en ella en la qual llevo por oposicion la cathedras de Ynstituta Decreto Visperas y Prima y las rregento y leyo ocho años continuos y presidio en muchos actos publicos dando en todos aventajadas muestras de aprovechamiento que saco de sus estudios fue juez ordinario y conservador apostolico en el obispado de Calahorra y asesor en muchos pleitos dando siempre buena quenta y satisfacion en todas sus ocupaciones y por la que el Consejo tiene de sus buenas partes letras cordura y capacidad le a propuesto a Vuestra Magestad en vacantes de plazas de las audiencias de Santa Fee Santo Domingo Guatemala Quito y Los Charcas.»*

⁷¹ AGI. Panamá, 1, N. 341: Consulta. Madrid, 7 de agosto de 1625: «*El Doctor Graviel de la Camara graduado de bachiller licenciado y doctor por la universidad de Alcalá donde a llevado por oposicion las Cathedras de Sesto y Decreto y ultimamente la de Visperas de canones en concurso de muchos oposi-*

los licenciados Andres Pardo de Lago⁷² y Sebastián Álvarez de Avilés. No parece que en este último concurrieran más meritos que en los restantes. Cá-

tores y a scripto un libro de la misma facultad en que a dado muy buenas muestras de sus letras y juntamente con la letura en que al presente se ocupa a ocho años que aboga con muy buena opinion mediante lo qual y la buena rrelaçion y satisfaçion que el Consejo tiene de su persona y buenas partes le a propuesto a Vuestra Magestad en ocasion de vacantes de las principales Audiencias de las Yndias.»

La trayectoria académica de Gabriel de la Camara, natural de Alcalá de Henares, en esta universidad, es la siguiente: maestro en Artes y Filosofía (asiento, 19 de octubre de 1604), y licenciado (5 de mayo de 1612), y doctor en Cánones (8 de mayo de 1612). En 1615 opositó, y la obtuvo, a la cátedra de Sexto. En el siguiente se presentó a la de Prima, vacante por ascenso del Doctor Cristobal de Anguiano y Sedano, y a la de Decreto, vacante por ascenso del Licenciado Cristobal de Tena, y en este último caso accedió a ella. En 1622 figura esta misma oposición con igual resultado. En 1624 se presentó a las cátedras de Prima y Visperas. En 1625 opositó a esta última cátedra, vacante por ascenso del Doctor Felipe de Villegas, y en el mismo año a la de Prima, por muerte del mismo Doctor Villegas. En ambos casos las obtuvo, por eso cesó en la de Decreto. En 1632 aparece tambien como opositor, obteniendola, a la catedra de Prima. Cesó en ella en 1633. Por los años 1634-1637 figura como oidor del Consejo de Navarra. AHN. Universidades, 34, exp. 46; 35, exp. 2, 3, 5, 10, 11, 13, 14, 16, 24, 26; L. 401, fol. 23 vto., 172 y 173. Cfrs.: Fr. Alonso de San Antonio, *Gloriosos titulos, apostolicos y reales, originarios, y privativos de la Sagrada Religion Descalça, y Calçada de la Santissima Trinidad, de Redencion de Cautibos. Por los quales se le debe en todos los Reynos de la Corona de España, y Francia la primacia, y antigüedad de religion aprobada, Redentora de cautivos christianos. A un respecto de la Ilustre Orden de nuestra Señora de la Merced, Redencion de Cautivos, de la Regla de San Agustin, y su quarto Voto*, (Madrid, 1661), fol. 5 vto. Miguel de PORTILLA Y ESQUIVEL, *Historia de la ciudad de Compluto, vulgaremente, Alcalá de Santiuste y aora de Henares*, (Alcalá de Henares, 1725), p. 449.

⁷² AGI. Panamá, 1, N. 341: Consulta. Madrid, 7 de agosto de 1625: «*El licenciado Andres Pardo de Lago natural del Nuevo Rreyno e Granada de donde vino a proseguir sus estudios a la Universidad de Salamanca por la qual se graduó de bachiller en Canones y de licenciado por la de Sigüença dando en anbas muy buenas muestras de sus letras en que se a exercitado con tan buena opinion que ansi por esto como por ser hijo y nieto de los primeros y principales descubridores y conquistadores de aquellas provinçias donde hizieron particulares servicios y su cordura y capacidad le a propuesto el Consejo a Vuestra Magestad en otras seys consultas de vacantes de plazas.*»

El licenciado Don Andres Pardo de Lago, había nacido en Mariquita (Méjico), y bautizado en esta localidad el 3 de enero de 1590. Era hijo de Fernán Pardo de Lago, natural de Bivero (Lugo), y de su mujer Doña Isabel Ordoñez de Villaquiran, natural de Harma, en la gobernación de Popayan. Fue fiscal y oidor en las audiencias de Guadalajara y Méjico, y consultor del Santo Oficio. Contrajo matrimonio con Doña Leonor Pareja y Rivera (natural de Guadalajara, Méjico), y bautizada en su catedral el 17 de diciembre de 1590 en la iglesia de San Andrés de Madrid el 7 de marzo de 1628. Otorgó testamento en Madrid el 10 de diciembre de 1652.

AGI. Guadalajara, 31, N. 67: Carta de Hernando de Mojica, contador y de Don Gonzalo Muñoz Pamplona, tesorero al rey Don Felipe IV. Guadalajara (Nueva España, 30 de mayo de 1631): «(Al margen: *Que han detenido el salario al licenciado Andres Pardo de Lago por haverse casado siendo fiscal de aquella Audiencia en el distrito della y aunque el Virrey declaro se podía casar no le pagaran salario ninguno hasta nueva orden de su magestad. Juntese lo que ay en esto {Rúbrica}) El licenciado Andres Pardo de Lago fiscal desta Rreal audiència a pocos días que llego a ella se dixo comunmente en esta çiudad se cassava y esto naçio de muchas demostraciones que se vieron en las partes y principalmente una ynformaçion que se hizo de pedimiento de la parte para que se declarase no ser de los comprehendidos la qual hizo un oydor desta real audiència y en ella y en su acuerdo determinaron lo que constara, con lo qual se concludio el casamiento con doña Leonor de Pareja y Rivera hija del licenciado Françisco de Pareja oydor que fue desta real audiència y muger que fue del licenciado Bartolome de la Canal de la Madriz asi mismo oydor que fue desta Rreal audiència, por parte de la dicha doña Leonor tiene muchos deudos y hermanos que no dejan de causar demandas y algunas inquietudes por dependencias de haciendas y enemistades que nos parece es la causa por que Vuestra magestad tiene prohibido semejantes casamientos, a nos parecido es de los comprehendidos en las reales çedulas que Vuestra Magestad tiene despachadas para semexantes efectos y aunque esta audiència y el Virrey de la Nueva España segun dizen por publico y notorio taçitamente declararon poderse casar el dicho fiscal como lo esta, damos quenta a*

mara, además había escrito un libro⁷³ y Pardo de Lago, era criollo y descendientes de descubridores y conquistadores⁷⁴. Sin embargo Sebastián Álvarez, venía recomendado por el monarca, y, acaso lo que era más importante, por el propio Don Gaspar de Guzmán, Conde Duque de Olivares, valido del soberano, por lo que al final fue elegido⁷⁵. El 15 de noviembre Felipe IV firmaba la cédula de su nombramiento⁷⁶. El 18 de abril de 1626 la Casa de Contratación

Vuestra magestad por lo que nos toca y la obligación que como a criados suyos devemos, a se le detenido el salario, Vuestra Magestad se sirva de mandarnos lo que devemos hazer en su Rreal servicio».

Biblioteca de la Real Academia de la Historia. Madrid. Colección Salazar y Castro, 9 / 328, fol. 57-61 (signatura antigua: D -54, fol. 57-61 9: Genealogía de Don Jerónimo Andres Pardo de Lago, natural de Mejico, electo caballero de la Orden de Calatrava.

Guillermo LOHMANN VILLENA, *Los americanos en las Órdenes Nobiliarias*, II, (Madrid, 1993), p. 96-98.

⁷³ Vease nota 71.

⁷⁴ AGI. Panamá, 1, N. 373: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de una plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por promoción del Licenciado Don Juan de Burgos. Madrid, 14 de marzo de 1628: «*El Licenciado Andres Pardo de Lago Bachiller en leyes por la universidad de Salamanca donde tuvo muchos actos de ostentación mostrando sus letras, y suficiencia y despues se graduo de Licenciado en la misma facultad por la de Sigüenza, nacio en la ciudad de Mariquita en el nuevo reyno de Granada, y es Alferes mayor y regidor perpetuo de la villa de Viberon en Galicia, hombre noble cuerdo, y de muy buenas letras mediante lo qual, y por la satisfaccion, que el consejo tiene de su persona le ha propuesto a Vuestra Magestad para diferentes plazas de Guatemala, Filipinas, y nuevo reyno, su padre y abuelo sirvieron en la conquista, y descubrimiento del Dorado, y en la gobernación de Antioquia, y el Licenciado Luis Pardo de Lago su hermano ha mas 11 años que sirve en la audiencia de Sevilla y chancillería de Valladolid y actualmente es oydor de la contaduría mayor de hacienda con muy grande reputación y crédito».*

⁷⁵ AGI. Panamá, 1, N. 341: Consulta. Madrid, 7 de agosto de 1625: «*El licenciado Sebastián Álvarez de Abiles graduado en canones por la Universidad de Valladolid y de licenciado por la de Obiedo en la qual llevo por oposicion la cathedra de Ynstituta y sustituyo las de Prima de Canones y Leyes con muy buena opinion de sus letras y capacidad. Es hijo del general Juan Álvarez de Abiles que murio hecho pedaços peleando con los enemigos y Vuestra Magestad por diferentes decretos a enviado a mandar se le proponga su persona en las ocasiones de vacantes que se ofrèçieren y como quiera que se le consulta en esta en el lugar que le cupo conforme a los votos que tubo el Conde Duque gran chanciller dijo en el suyo que le proponia en primer lugar teniendo consideraçion a sus buenas partes y a lo que su padre le deço merecido...Nombre al licenciado Sebastián Álvarez de Abiles (Rúbrica)».*

⁷⁶ AGI. Contratacion, 5793, L. 1, *Provisos a Tierra Firme 1608-1625*, fol. 397 vto. – 398 vto.: «*Don Phelipe por la gracia de Dios Rrey de Castilla de Leon etc. Por hazer bien y merced a vos el licenciado Don Sebastián Albarç de Abiles y Baldes acatando vuestra suficiençia letras y buenas partes tengo por bien que agora y de aquí adelante quanto mi boluntad fuere seays oydor de mi audiencia rreal que rreside en la çidad de Panama de la probincia de Tierra Firme en lugar y por muerte del Licenciado Hernando Ybañez de Abendea y quiero que como tal mi oydor de la dicha audiencia podais entrar estar y rresidir en ella y tener boz y boto segun lo tienen los otros mis oydores en la dicha audiènçia y de las otras de las Yndias y destos rreynos y expedir botar y librar todos los pleitos y caussas que en la dicha audiènçia obiere y a ella fueren y firmar y señalar las cartas provisiones sentencias y otros mandamientos y autos que en ella se dieren y por esta mi carta mando al presidente y oydores de la dicha audiènçia de Panama que luego como la vean tomen y rreçiban de bos el dicho licenciado don Sebastián Albarç de Abiles y Baldes el juramento y solenidad que en tal caso de rrequiere y deveis açer de que bien y fielmente usareis el dicho ofiçio y abiendolo echo os ayan rreçiban y tengan por tal mi oydor de la dicha audiènçia y usen con bos el dicho ofiçio en todos los casos (Tachado: a el) y cosas a el anejas y concernientes y os guarden y agan guardar todas las honrras y graçias merçedes franqueças libertades preeminènçias prerrogativas e inmunidades y todas las otras cosas y cada una de ellas de que goçan y deben goçar los otros mis oydores de la dicha audiènçia de todo bien y cumplidamente sin que os falte cosa alguna y que en ello ni en*

le daba licencia para viajar a Tierra Firme en compañía de dos criados, el ovetense Toribio de la Ribera Prada y Quirós, de ilustre familia, y el Avilésino, Bartolomé Alonso⁷⁷.

En el tiempo que residió en Tierra Firme, coincidió con otros oidores, como los licenciados Don Juan de Burgos⁷⁸, Jerónimo de Herrera⁷⁹, Juan Bau-

parte de ello embargo ni ynpedimento alguno no os pongan ni consientan poner que yo por la presente os rreçibo y he por rreçivido al dicho oficio y al uso y ejerçiçio del y os doy facultad para le usar y exerçer casso que por ellos o alguno de ellos a el no seais rreçivido y es mi merced que ayais y llebeis de salario con el dicho cargo dos mil pesos de a quatroçientos y çinquenta maravedis cada uno los quales mando a los ofiçiales de mi rreal açienda de la dicha ciudad de Panama os los den y paguen de qualquier açienda mia que fuere a su cargo segun y a los tiempos y plaços que pagaren sus salarios a los otros oydores de la dicha audiència desde el dia que por testimonio signado de escribano les constare aberos hecho a la bela en uno de los puertos de San Lucar de Barrameda o Cadiz para yrle a serbir en adelante con que no os detengais en el camino mas de tres meses y que tomen vuestras cartas de pago con las quales y traslado sinnado desta mi Probision y el dicho testimonio se le rreçiba y pase en quenta lo que asi os dieren y pagaren sin otro rrecado alguno y que lo asienten en mis libros que tienen y sobre escrita y librada de ellos os lo buelban orijinalmente para que la tengais por titulo del dicho cargo y ansi mismo mando que tomen la rraçon de ella don Antonio Alosa de Rrodarte secretario de mi camara y de las merçedes y mis contadores de quantas que rresiden en mi consejo de las Yndias dada en Madrid a quinze de nobiembre de mil y seisçientos y beinte y cinco años yo el rrey...».

AGI. Panama, 237, L. 14, fol. 271 vto. – 272: «*Presidente y oidores de la mi Audiencia Rreal de la Çiudad de Panama de la provincia de Tierra Firme, sabed que yo e proveido en las dos plazas de oidores de esa dicha Audiencia que al presente estan vacas por muerte del licenciado Hernando Ybañez de Albeña y Doctor Carrasco del Saz al Licenciado Don Sebastián Álvarez de Abiles y Doctor Miguel de Meñaca y porque la provision del licenciado Don Sebastián Alvarez fue mucho tiempo antes que la del Doctor Meñaca os mando deis la antiçuead al dicho Licenciado Don Sebastián Alvarez de Abiles aunque suceda llegar primero a tomar la posesion el dicho Doctor Meñaca porque en este caso se la dareis con declaracion expresa que aunque el dicho licenciado Don Sebastián Alvarez la tome despues ha de preferir y ser mas antiguo que el dicho Doctor Meñaca, que assi es mi voluntad. Fecha en Cerbera a veinte y tres de marzo de mil y seisçientos y veinte y seis años. Yo el Rrey. Por mandado del Rrey nuestro Señor Antonio Gonçalez de Legarda. Señalada del Consejo.*».

⁷⁷ AGI. Contratación, 5394, N. 46: Expediente para pasar a Indias el Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, electo oidor de la audiencia de Panamá, con dos criados. Sevilla, 15-18 de abril de 1626: Información sobre las calidades de Toribio de la Ribera Prada, natural de Oviedo, necesarias para pasar a Indias, como criado del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés. Oviedo, 27-28 de marzo de 1626 (Copia: Sevilla, 21 de abril de 1626). Información sobre las calidades de Toribio Alonso, natural de Avilés, necesarias para pasar a Indias. Avilés, 30 de enero – 3 de febrero de 1626.

⁷⁸ Fue oidor entre el 23 de agosto de 1622 y el 4 de marzo de 1628, cuando fue nombrado alcalde del crimen de la audiencia de Mejico.

AGI. Contratación, 5387, N. 31. Expediente para pasar a Indias el Licenciado Don Juan de Burgos, oidor de la audiencia de Panamá, su mujer, su cuñada y varios criados. Sevilla, 16 de marzo de 1623.

AGI. Mejico, 30, N. 13. Carta de Don Rodrigo Pacheco Osorio y Toledo, Marqués de Cerralbo, vi-rrey de Nueva España al rey Don Felipe IV. Méjico, 25 de marzo de 1629: «*El lizenciado Don Juan de Burgos tomo la posesion de la plaça de Alcalde del Crimen de esta Audiència de que Vuestra Magestad le hiço merced...*».

Ernesto SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, II, *La labor del Consejo de Indias en la administración colonial*, (Sevilla, 1947, ed. facs. Nendeln / Liechtenstein, 1975), p. 461 y 469.

⁷⁹ Había sido abogado en la chancillería de Granada, ejercido oficios de justicia y desempeñado comisiones en materia fiscal, civil y criminal. Despues ocupó la fiscalia y una auditoría en la audiencia de Santo Domingo. Fue oidor en la de Panamá, desde el 22 de marzo de 1620 hasta el 13 de febrero de 1627, en que cesó por jubilación. Debía ser hombre esquinado pues tuvo ruidosos conflictos con Don Diego

tista de La Gasca⁸⁰, o los doctores Miguel de Meñaca⁸¹ y Don Juan de Larrina-

Gomez de Sandoval, presidente de Santo Domingo y gobernador y capitán general de la isla Española, y con Don Rodrigo de Vibero y Velasco, Conde del Valle de Orizaba, presidente de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme. En este último destino su carácter debió agriarse por los achaques y su avanzada edad. El crédito que en la corte se dio a las acusaciones, lo atribuía Herrera, a que una sobrina de Don Rodrigo, Doña María de Velasco, estaba casada con Don Juan de Mendoza y Velasco, Marqués de la Hinojosa y Presidente del Consejo de Indias. En Panamá la situación por el pésimo comportamiento, aspereza y falta de diligencia de Herrera, criticado por los vecinos y el ayuntamiento de la ciudad, y objeto de diversas recusaciones, llegó a tal extremo que no se encontró otra solución que promover su jubilación.

AGI. Contratación, 5309, N. 64: Expediente para pasar a Indias el licenciado Jerónimo de Herrera, fiscal de la audiencia de Santo Domingo, su mujer e hijos. Sevilla, 15-25 de mayo de 1609; 5359, N. 16: Expediente para pasar a Indias el licenciado Jerónimo de Herrera, oidor de la audiencia de Santo Domingo, su hijo y varios criados. Sevilla, 19-23 de junio de 1618.

AGI. Panamá, 1, N. 230: Consulta del Consejo de Indias sobre la provisión de una plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por muerte del Licenciado Juan Fernández de Mercado. Madrid, 20 de agosto de 1608: «*El licenciado Geronimo de Herrera que a 24 años que exyçita la chaççilleria de Granada y a tenido offiçios de Justiçia de que a dado buena quenta y tambien de algunas comisiones que a tenido por el Consejo de Hazienda en materia de alcabalas y otras çibiles y criminales y de su persona se tiene la mesma satisfaçion.*».

AGI. Panamá, 17, R. 9, N. 175: Carta de Don Rodrigo de Vibero y Velasco, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 28 de noviembre de 1625; 18, R. 1, N. 2: Carta del cabildo secular de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 22 de junio de 1626; Carta de Don Rodrigo de Vibero y Velasco al rey Don Felipe IV. Panamá, 2 de julio de 1626; Carta del Licenciado Jerónimo de Herrera, oidor de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 4 de julio de 1626; 1, N. 363: Consulta del Consejo de Indias sobre la jubilación del Licenciado Jerónimo de Herrera, oidor de la audiencia de Panamá. Madrid, 30 de enero de 1627; 1, N. 364: Consulta del Consejo de Indias sobre la provisión de la plaza de oidor de la Audiencia de Panamá, vacante por jubilación del Licenciado Jerónimo de Herrera. Madrid, 27 de febrero de 1627; Carta de Don Rodrigo de Vibero y Velasco, Conde del Valle de Orizaba al rey Don Felipe IV. Panamá, 13 de julio de 1627; 18, R. 5, N. 60: Carta del Licenciado Jerónimo de Herrera al rey Don Felipe IV. Panamá, 25 de enero de 1630.

AGI. Santo Domingo, 54, R. 3, N. 88. Carta del Licenciado Jerónimo de Herrera, fiscal de la audiencia de Santo Domingo al rey Don Felipe IV. Santo Domingo, 23 de mayo de 1612.

AGI. Santo Domingo, 869, L. 7: *Ysla Española de officio etc.^a desde doze de diciembre de 1615 en adelante etc.^a*, fol. 18: Real cédula de Don Felipe IV al Licenciado Jerónimo de Herrera, oidor de la audiencia de Santo Domingo, mediante la cual le reprende por su comportamiento. Madrid, 17 de junio de 1617: «*...poco respeto que g(u)ardais al presidente en la audiència y fuera della usando de vuestras acciones con menos templanza y moderazion de lo que deveis y estais obligado conforme a vuestra profesion y offizio de que han resultado y rresultan grandes inconvenientes en laas cosas de mi servio...*».

SCHÄFER, *El Consejo*, II, p. 446 y 469.

⁸⁰ Fue oidor desde el 31 de marzo de 1627 y murió ejerciendo este oficio. Era oriundo de Llerena donde tenían su naturaleza sus padres, Fernando de Medina, que había pasado a Indias en 1572, y que murió siendo escribano de cámara de la audiencia de La Plata, y su mujer Beatriz González. Ocupando el mismo oficio que su padre, fue nombrado oidor en Tierra Firme, aunque ya en 1606 hizo información para que se le promoviera a una auditoría, alcaldía de corte o fiscalía en los tribunales de las Indias. Cuando llegó a Panamá era licenciado y después obtuvo el doctorado. Don Enrique Enriquez de Sotomayor, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme, lo tenía en gran concepto por su puntualidad, experiencia y virtud. Su última comisión oficial fue la de juez visitador en el Nuevo Reino. Testó en Zaragoza, provincia de Antioquia, de las Indias el 22 de septiembre de 1638. y falleció dos días después. Pertenecía a una estirpe de burócratas.

AGI. Indiferente, 2103, N. 152. Expediente para pasar a Indias, el Bachiller Juan Bautista de la Gasca, hijo de Fernando de Medina, escribano de cámara de la audiencia de La Plata. Año 1597.

AGI. Charcas, 84, N. 9. Información promovida por el Licenciado Juan Bautista de la Gasca, hijo de Fernando de Medina, escribano de cámara de la audiencia de La Plata, sobre sus méritos y servicios y los de su padre para que se le conceda una plaza de oidor, alcalde de corte o fiscal en alguna de las audiencias

de las Indias. La Plata, 14 de diciembre de 1605 – Potosí, 27 de enero de 1606. Copia: la Plata, 28 de febrero de 1606; 418, L. 2: *De partes Charcas. Desde 1 de Marzo de 1592 hasta 4 de Abril de 1609*, fol. 244 vto. – 245 vto.: Real carta de Don Felipe IV, mediante la cual nombra a Juan Bautista de la Gasca, escribano de cámara de la audiencia de La Plata, por renuncia que en él hizo su padre Fernando de Medina, difunto. Madrid, 21 de marzo de 1608; 419, L. 4: *Charcas de partes que comienza el año 1621*, fol. 165 vto. – 166: Real carta de Don Felipe IV a Don Diego Fernández de Córdoba, Marqués de Guadalcazar, virrey del Perú, por la que manda que se notifique a Don Esteban de Alcibía, la renuncia que hizo en él su tío el Licenciado Juan Bautista de la Gasca, del oficio de escribano de cámara de la audiencia de La Plata, para que lo acepte, y en su caso se hagan las diligencias necesarias para el pago de lo que se debe a la Real Hacienda, o si no fuere así, se ponga la plaza a remate en pública almoneda. Madrid, 8 d junio de 1627.

AGI. Panamá, 1, N. 364. Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por jubilación del Licenciado Jerónimo de Herrera. Madrid, 27 de febrero de 1627: «*El Licenciado Juan Bautista de la Gasca graduado en canones y theologia por la Universidad de la Ciudad de los Rreyes, fue colegial del colegio de San MARTÍN de la dicha ciudad y examinado por el Audiencia della y rreçivido por abogado y nonbrado por juez acompañado a falta de los oydores es al presente escrivano de Camara de la Audiencia de los Charcas donde a hecho muchas vezes offizio de rrelator y tenido otras comisiones inportantes que se an cometido por su mucha inteligençia, vino a esta corte a pedir restituzion del menoscavo que a rreçevido en su offizio por la prohibizion que esta hecha de que no puedan tratar ni contratar en las Yndias los scribanos de Camara y a sido exsaminado y aprobado por el Consejo de Castilla para abogar como lo a hecho y haze con satisfazion y por la que este tiene de su persona le propuso a Vuestra Majestad el año pasado de 624 para una plaza de oydor de la audiencia de Quito*».

AGI. Contratación, 5793, L. 1: *Provistos a Tierra Firme*, fol. 460-461. Real carta de Don Felipe IV por la que nombra al Licenciado Juan Bautista de la Gasca, oidor de la audiencia de Panamá, plaza vacante por la jubilación obligada del Licenciado Jerónimo de Herrera. Madrid, 31 de marzo de 1627; 5402, N. 31: Expediente para pasar a las Indias el licenciado Juan Bautista de la Gasca, oidor de la audiencia de Panamá, con tres criados. Sevilla, 14-18 de marzo de 1628; 425B, N. 1, R. 8: Autos sobre la cobranza de los bienes del Doctor Don Juan bautista de la Gasca, oidor que fue de la audiencia de Panamá, difunto. Años 1647-1661.

AGI. Panamá, 19, R. 4, N. 44: Carta de Don Enrique Enriquez de Sotomayor, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme. Panamá, 15 de julio de 1637: «*Cumpliendo con lo mandado por Vuestra Magestad en diferentes cedulas açerca de que ynforme las personas benemeritas que ay en este Rreyno no puedo escussarme de poner en primer lugar al Doctor Juan Bautista de Lagasca cuya experiencia birtud letras y çelo del serbiçio de Vuestra Magestad mereçen sin duda ninguna superior puesto del que oy ocupa en premio ssiquiera de la puntualidad con que se a dispuesto el viaje tan penoso del Nuevo Rreyno con horden para alla le vino de Vuestra magestad no obstante ssus muchos años y la falta grande que hara en esta Rreal audiencia*».

AGI. Panamá, 2, N. 66: Remisión del Consejo de Indias de los propuestos para una plaza de oidor en la Audiencia de Panamá, vacante por muerte del Licenciado Juan Bautista de la Gasca. Madrid, 22 de febrero de 1640; 238, L. 15: *Tierra Firme. Desde 21 de septiembre de 1626 hasta el 9 de Diziembre de 1644*, fol. 255 vto. – 257 vto.: Real cédula de Don Felipe IV al presidente y oidores de la audiencia de Panamá, a instancia de Andrés Fernández de Castro, receptor del Santo Oficio de la ciudad de Cartagena, en su calidad de albacea, tenedor y distribuidor de los bienes y hacienda del Doctor Juan Bautista de la Gasca, oidor que fue de la audiencia de Panamá, mediante la cual ordena se cumpla en este caso la cédula de 26 de septiembre de 1637. Madrid, 6 de abril de 1640.

AGI. Santa Fe, 65, N. 18: Carta del cabildo secular de Antioquia al rey Don Felipe IV. Antioquia, 4 de junio de 1639: «*El dicho dotor Juan Bautista de la Gasca murio aviendo acavado de tomar la rreçidencia...*». SCHÄFER, *El Consejo*, II, p. 469.

⁸¹ Fue oidor desde el 11 de marzo de 1626, empleo con el que falleció en 1633.

AGI. Panamá, 1, N. 342: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de una plaza de oidor de Panama, vacante por muerte del Licenciado Hernández de Albendea, en realidad por fallecimiento del Doctor Carrasco del Saz. Madrid, 31 de enero de 1626: «*El Doctor Miguel de Meñaca graduado en canones por la Universidad de Oñate y collegial mayor en ella en la qual llevo por oposiçion las chatedras de Ynstituta Decreto Visperas y Prima y las rrexento y leyo ocho años continuos y presidio en muchos actos*

ga Salazar⁸², ejemplos típicos de letrados y fieles servidores de la Corona. Era

publicos dando en todo abentaxadas muestras del aprovechamiento que saco de sus estudios fue Juez ordinario y conservador apostolico en el Obispado de Calaorra y acesor en muchos pleytos dando siempre buena cuenta y satisfazion en todas sus ocupaciones y por la que el Consejo tiene de sus buenas partes letras cordura y capacidad le a propuesto a Vuestra Majestad en bacantes de plazas de las Audiencias de Santa Fee Santo Domingo Guatimala Quito Las Charcas y en otra desta de Panama».

AGI. Contratación, 5793, L. 1.: *De 1608 a 1629. Provisto a Tierra Firme*, fol. 452-453: Real carta de Don Felipe IV, mediante la cual nombra al Doctor Miguel de Meñaca, oidor de la audiencia de Panamá, plaza vacante por muerte del Doctor Carrasco del Saz. Monzón, 11 de marzo de 1626; 5398, N. 26: Expediente para pasar a las Indias el Doctor Miguel de Meñaca, oidor de la audiencia de Panamá, con su madre, hermana y cinco criados. Sevilla, 31 de marzo – 5 de abril de 1627.

AGI. Panamá, 18, R. 3, N. 43: Carta de Don Rodrigo de Vibero y Velasco, Conde del Valle de Orizaba, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme. Panamá, 24 de julio de 1628: «*Quien se sigue despues del es el doctor Don Miguel de Meñaca bizcaino de nacion de treinta y dos años poco mas o menos apazible de condiçion y trato hombre çufrido y templado zeloso del servicio de Vuestra magestad y que muestra saber bien en los pleitos que bota en el acuerdo*».

AGI. Panamá, 238, L. 15: *De partes Tierra Firme. Desde 21 de septiembre de 1626 hasta 9 de Diciembre de 1644*, fol. 42 vto. – 43: Real carta de Don Felipe IV al presidente y oidores de la audiencia de Panama, a instancia del Doctor Don Miguel de Meñaca, oidor de dicho tribunal, por la que manda que a las madres de los oidores y fiscal de dicha audiencia, se les dé asiento en estrados, como a las esposas de estos. Madrid, 20 de septiembre de 1629; 18, R. 8, N. 101: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio al rey Don Felipe IV. Panamá, 14 de agosto de 1633. SCHÄFER, *El Consejo*, II, p. 469.

⁸² Fue oidor desde el 1 de abril de 1628, y murió en el oficio.

Pertenecía a una ilustre familia de origen vizcaino asentada en fecha muy temprana en el virreinato del Perú. Su abuelo el capitán Juan de Larrinaga Salazar, que llegó a América en 1535, se cuenta entre los primeros conquistadores, pobladores y pacificadores de Perú y Chile. Su padre Don Leandro, destacó como profesional del Derecho en la ciudad de Lima. Era un linaje prominente en el que se juntaron las armas y las letras. En 1625, tras una información muy trabajosa en la que salieron a relucir algunos presuntos defectos en la calidad de su linaje, el Consejo de las Órdenes, admitió al Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar en la Orden de Santiago.

AGI. Lima, 222, N. 1: Información promovida por el capitán Juan de Larrinaga sobre sus méritos y servicios. Ciudad de los Reyes, 3 de enero – 8 de mayo de 1559. Información promovida por el capitán Juan de Larrinaga sobre sus méritos y servicios. Osorno, 4 de octubre – 22 de diciembre de 1563. Información promovida por el Doctor Don Leandro de Larrinaga Salazar, abogado de la audiencia de Lima sobre sus méritos y servicios y los de su padre el capitán Juan de Larrinaga Salazar. Ciudad de los Reyes, 1 de febrero – 14 de abril de 1599. Información promovida por el Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, abogado de la audiencia de Lima y catedrático de Decreto de su universidad. Ciudad de los Reyes, 22 de diciembre de 1618 - 4 de marzo de 1619.

AGI. Patronato, 146, N. 3, R. 1: Información promovida por el capitán Don Luis de Larrinaga Salazar sobre sus méritos y servicios y alegación de los de su padre el capitán Juan de Larrinaga Salazar y de otros familiares. Ciudad de los Reyes, 22 de enero – 8 de marzo de 1613.

AGI. Panamá, 15, R. 1, N. 8: Carta de Don Alonso de Sotomayor, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe III. Portobelo, 1 de julio de 1600; 1, N. 342: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por muerte del Doctor Carrasco del Saz. Madrid, 31 de enero de 1626; 1, N. 364: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de la audiencia de Panamá, vacante por jubilación ordenada del Licenciado Jerónimo de Herrera. Madrid, 27 de febrero de 1627.

AGI. Panamá, 1, N. 373: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de oidor de la audiencia de Panamá, vacante por promoción del Licenciado Don Juan de Burgos a la audiencia de Mejico. Madrid, 14 de marzo de 1627: «*El Doctor Don Juan de Lareynaga Salazar caballero del abito de Santiago estudio en la universidad de la Ciudad de los Reyes donde fue colegial del collegio real de San Phelipe y San Marcos y allí estuvo hasta graduarse de Doctor y por su suficiencia y buenas partes le dio el Virrey la cathedra de Decreto en propiedad y la ha leydo y regentado con mucha opinión, y aprobación y con la misma ha abogado en la audiencia de la dicha ciudad, la quel y el Virrey, audiencia y universidad*

fiscal de la audiencia el Licenciado Juan de Alvarado Bracamonte⁸³, y capitanes generales y gobernadores de Tierra Firme, y por lo tanto presidentes de la Audiencia de Panamá, el novohispano Don Rodrigo de Vivero y Velasco, hecho en 1627 Conde del Valle de Orizaba⁸⁴, y el

della han escrito a Vuestra Magestad en su aprobación, mediante lo qual le ha propuesto el consejo a Vuestra Magestad para diferentes plazas de audiencias, ha seys años que vino del Peru, donde reside el Doctor Don Leandro de Lareynaga su padre abogado mas antiguo de la dicha audiencia de Lima y regidor mas antiguo ded aquella Ciudad y es nieto de Juan de Lareynaga Salazar, uno de los primeros conquistadores de aquellas provincias».

AGI. Contratación, 5793, L. 1: 1608-1629. *Provistos a Tierra Firme*, fol. 497 vto. – 498 vto. Real carta de Don Felipe IV, mediante la cual nombra oidor de la audiencia de Panamá al Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, plaza vacante por promoción de Don Juan de Burgos a la de alcalde del crimen de la audiencia de Méjico. Madrid, 1 de abril de 1628; 5400, N. 50: Expediente para pasar a Indias el Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, oidor de la audiencia de Panamá, con su mujer y cuatro criados. Sevilla, 22 de abril de 1628.

AHN. OM. Santiago, 4347. Pruebas de Don Juan de Larrinaga Salazar, natural de Lima, caballero electo de la Orden de Santiago. Años 1623-1625.

SCHÄFER, *El Consejo*, II, p. 469.

⁸³ Sirvió el oficio desde el 19 de febrero de 1619 hasta su muerte.

AGI. Filipinas, 1. N. 76: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de fiscal de la audiencia de Manila, vacante por muerte del Licenciado Jerónimo de Salazar y Salcedo: «*El licenciado don Juan de Alvarado graduado de bachiller en Canones por Salamanca y de licenciado por Osuna, despues paso al Piru, a donde leyo seis años en la universidad de Lima las cathedras de Visperas y Prima de Leyes y Canones y en otras oras extraordinarias muchos titulos de ambos derechos, abogo en aquella Audiencia y fue diez años Juez asesor de la Justicia hordinaria y mucho tiempo abogado y defensor de los Yndios y los Virreyes y audiencias le cometieron cosas ynportantes de que dio buen quenta, es hombre noble y a representado muchos servicios de sus passados*». SCHÄFER, *El Consejo*, II, p. 472 y 523.

⁸⁴ Ocupó estos oficios desde el 5 de septiembre de 1620.

AGI. Panamá, 1, N. 285: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la presidencia de la audiencia de Panamá y gobernación y capitania general de Tierra Firme, oficios vacantes por muerte de Don Francisco de Valverde el 4 de octubre de 1614. Madrid, 4 de abril de 1615: «*Don Rrodrigo de Vivero que abiendo venido a estos Rreynos desde la Nueva España donde naçio y al presente rreside y servido de menino a la Rreyna doña Ysabel nuestra señora que esta en gloria volvio a aquella tierra en la qual le fueron proveyendo los virreyes desde su moçedad en los cargos mas principales della conociendo su capacidad y buenas partes y constando dellas al Rey nuestro señor que esta en gloria le proveyo por governador y capitán general de las Provinçias de la Nueva Bizcaya Copalsa y Chamebla donde con mucho valor continuo trabajo y gasto de su hazienda hizo guerra a los indios rrebeldes hasta dejarlos pacíficos rreduçiendo mas de sesenta pueblos y bajando otros muchos de las serranias de donde haçian grandes daños mediante lo qual se pudieron rreformar algunos presidios y el gasto de mas de quatro mil ducados que para ellos se pagaban de la Rreal hazienda y abiendole sobrevenido una grave enfermedad proçedida de los trabajos de la guerra le fue forçoso volver a Mexico y abiendo despues sucedido la muerte de Don Pedro de Acuña governador y capitán general de las Yslas Philipinas y quedado las cosas de ellas con gran rriego por su falta y hallandome yo el Presidente que en aquella saçon gobernaba la Nueva España con orden de Vuestra majestad para enviar la persona que me pareziere al gobierno de las dichas yslas en el entretanto que Don Juan de Silva se despachava para yr a servir aquellos cargos en que Vuestra magestad le abia proveydo y con esta ocasion elijido la que abia juzgado por conveniente se me escuso a tiempo tan çercano a la enbarcacion que me puso en gran cuidado y obligo a echar mano de la de Don Rrodrigo de Vivero que lo azepto sin embargo de su descomodidad y falta que haçia a su casa y obligacion a tan grandes gastos y para tan corto tiempo como abia de tardar en llegar el sucesor puniendo los ojos solo en el servicio de Vuestra majestad y complacerme y sacarme de aquel aprieto como mi sobrino y a quien por serlo aunque conozco sus buenas partes y merecimientos abia dejado de nombrar desde el prinçipio y echose de ver el açertamiento desta provision en los buenos efectos que de ella rresultaron y abiendo llegado Don Juan de*

leonés Don Alvaro de Quiñones Osorio⁸⁵, Marqués de Lorenzana

Silva y embarcadose Don Rrodrigo para volverse a su casa aporto su nabio con tormenta al Xapon y dio al través perdiendose quando yba en el sin escapar mas que las personas a las quales aquel Enperador hizo buen tratamiento y dio nabio y pasaje y presto dineros a Don Rrodrigo pidiendole procurase asentar con Vuestra majestad en su nonbre algunas cosas tocantes al trato y comercio con la Nueva España y a los españoles que quisieron volverse a las Philipinas dio pasaje y se encamino todo bien mediante su industria y el marques de Guadalcazar en carta scripta a Vuestra majestad en 22 de mayo del año pasado dize que por sus servicios calidad entendimiento y otras buenas partes es justo ocuparle donde pueda continuar sus servicios y que lo podría ser en alguna presidencia o gobierno ynportantes.

AGI. Contratación, 5793, L. 1: Libro de toma de razón de cédulas y nombramientos de los provistos para Tierra Firme: Real carta de Don Felipe IV, mediante la cual nombra presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de la provincia de Tierra Firme y Veragua a Don Rodrigo de Vivero, oficios vacantes por muerte de Don Diego Fernández de Velasco. San Lorenzo, 5 de septiembre de 1620.

AGI. Contratación, 5377, N. 21: Expediente para pasar a Indias Don Rodrigo de Vivero, electo presidente de la audiencia de Panamá, y gobernador y capitán general de Tierra Firme, con cuatro criados. Sevilla, 26 de febrero – 11 de marzo de 1621.

Le fue concedida la merced del condado del Valle de Orizaba el 14 de febrero de 1627, mediante real despacho del 29 de marzo siguiente.

AGI. Indiferente, 451, L. A10: *Nueva España. Camara desde 1626 hasta 1627*, fol. 68-69 vto.: Real cédula de Don Felipe IV, mediante la cual hace merced a Don Rodrigo de Vivero, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme, del título de vizconde de San Pedro, en la Nueva España. El Pardo, 14 de febrero de 1627.

AGI. Panamá, 1, N. 365: Comunicación del Consejo de las Indias al rey Don Felipe IV sobre la renuncia de Don Rodrigo de Vivero a la presidencia de la audiencia de Panamá y gobernación y capitanía general de Tierra Firme, para que se le haga merced de un título de conde, como ya se había acordado. Madrid, 17 de marzo de 1627. Julio de ATIENZA, *Nobiliario Español. Diccionario heráldico de apellidos españoles y de títulos nobiliarios*, (Madrid, 1948), p. 1695. SCHÄFFER, *El Consejo*, II, p. 557.

⁸⁵ Ocupó los oficios desde el 9 de abril de 1628 hasta el 14 de abril de 1633. Después fue presidente de la audiencia de Santiago en la provincia de Guatemala y capitán general de este distrito. SCHÄFFER, *El Consejo*, II, p. 557.

AGI. Contratación, 5401, N. 19: Expediente de licencia para pasar a las Indias, Don Manuel del Castillo, Don Luis Osorio, Celedón de Santiago, Domingo de Ribas, Juan Gabriel y Francisco Ventura Rosel, Sebastián de Rerquejo e Isidro Ramírez, como criados de Don Alvaro de Quiñones Osorio, nombrado presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme. Año 1628.

AGI. Indiferente, 452, L. A15: *Nueva España. Camara desde 27 de Noviembre de 1632 hasta 8 de Julio de 1633*, fol. 155 vto. – 156: Real cédula de Don Felipe IV, a Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme, mediante la cual le comunica su nombramiento como presidente de la audiencia de la provincia de Guatemala, para cuando expire el tiempo en este oficio de Don Diego de Acuña, y siempre que no resulte cargo en contra de aquel en la visita que se hace a la audiencia de Panamá, y además que ha elegido para sucederle en los empleos que posee al maestre de campo Don Sebastián Hurtado de Corcuera, y por todo ello le manda cumplimente estas órdenes. Madrid, 12 de abril de 1633; fol. 167-171: Real provisión de Don Felipe IV, mediante la cual nombra a Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, gentilhombre de la boca de Su Majestad, gobernador y capitán general de Tierra Firme, presidente de la audiencia de Santiago de la provincia de Guatemala, en lugar de Don Diego de Acuña, para cuando este cumpla el tiempo de su oficio y siempre que no resulte cargo contra aquel en la visita que se hace en la audiencia de Panamá. Madrid, 14 de abril de 1633; fol. 171-712: Real provisión de Don Felipe IV, mediante la cual nombra a Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Santiago de Guatemala, capitán general de este distrito. Madrid, 14 de abril de 1633.

AGI. Guatemala, 15, R. 13, N. 80: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Santiago de Guatemala, y capitán general de este distrito. Guatemala, 28 de marzo de 1634: «Don Sevastian Hurtado de Corcuera, a quien Vuestra Magestad hizo merced de la presidencia de Panama, llego allí a los 21 del mes de noviembre pasado, despues de avella rrecivido y entregado el gobierno como Vuestra Magestad me manda. Sali de aquella provincia para esta y a esperar en la de Nicaragua 150 le-

desde 1642⁸⁶, ambos legos en materia jurídica, es decir caballeros de capa y espada, pues desde el ataque de Drake a Tierra Firme en 1596, la Corona había dejado de proveer la presidencia en profesionales del Derecho⁸⁷.

Sobre la cultura jurídica de aquellos letrados hay que afirmar que era la corriente entre los de su tiempo, sin que la circunstancia geográfica de sus destinos ultramarinos signifique diversidad alguna, es decir estaba impregnada de romanismo y especializada en Derecho Canónico. Algunos, La Gasca, Meñaca y Larrínaga, procedían de colegios universitarios, y uno de ellos, La Gasca, se había graduado en Teología. Respecto a su experiencia anterior a la auditoría o fiscalía, solían haber sido profesores universitarios o ejercido la abogacía, e incluso la judicatura, en muchos casos en las Indias. Por ello para muchos de ellos la realidad americana no era desconocida. Poco antes de llegar Avilés a Tierra Firme había allí muerto el oidor Carrasco del Saz, autor de varias obras jurídicas significativas⁸⁸, y en la audiencia de Panamá coincidió con Larrinaga Salazar, también recordado tratadista de estas materias⁸⁹. Se conserva el elenco de la biblioteca que dejó en Panamá, el oidor Ibañez de Albendea⁹⁰, muerto en 1624, cuya plaza fue sucedida por Avilés. Esta librería de 202 tomos, que para la época no son pocos, esta constituida principalmente

guas desta ciudad, el tiempo que faltava, a Don Diego de Acuña y deseando el bolver a España en esta ocasión de galeones hizo ynstanzia conmigo renunciando el tiempo que le faltava en ynstrumento publico biniese a suçederlo, salio desta ciudad en prosecucion de su viaje: entre en ella a 16 deste y aviendo tomado posesion de los oficios que Vuestra Magestad me hizo merced,...».

⁸⁶ AGI, Indiferente, 455, L. A24: *Nueva España de Camara desde 19 de Junio de 1641 hasta 28 de Marzo de 1643*, fol. 153-155 vto.: Real provisión de Don Felipe IV, mediante la cual hace merced a Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, gentilhomme de la boca de Su Majestad, del Consejo y Contaduría mayor de Hacienda, del título de Marqués de Lorenzana, en la provincia de Guatemala, con facultad de vincularlo y siendo su inmediato sucesor su hijo Don Diego de Quiñones, caballero de la Orden de Alcántara. Cuenca, 24 de junio de 1642.

⁸⁷ SCHÄFFER, *El Consejo*, II, p. 467.

⁸⁸ AGI, Panamá, 63B, N. 10: Información promovida por Don José Carrasco del Saz, hijo del Doctor Francisco Carrasco del Saz, oidor que fue de la audiencia de Panamá, sobre los méritos y servicios de este, a los efectos que interesa el peticionario. Panamá, 2 de junio – 30 de octubre de 1625 (Copia: Panamá, 1 de junio de 1626).

⁸⁹ Veanse documentos de la nota 82. Juan de LARRINAGA SALAZAR; *Tratado sobre el oficio de protector general de los Indios del Peru*, (Madrid, 1626).

⁹⁰ AGI, Panamá, 1, N. 294: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión de la plaza de oidor de la audiencia de Panamá vacante por suspensión del Licenciado Antonio de Ovando. Madrid, 28 de mayo de 1616: «El licenciado Hernando Ybañez de Alvidea graduado de bachiller en Canones por la universidad de Salamanca y de licenciado por la de Sigüença fue colegial en el Colegio de la Madalena de Salamanca y leyo en aquella universidad con mucho concurso de oyentes en los cursos i desde el año de 606 hasta el de 6011 sustituyo las Catredas de Codigo y de Bisperas y ultimmente la de Decretales y en carta que scrivio a Vuestra majestad la universidad el año de 6011 dize que el dicho licenciado Alvidea abia sido Rretor de su colegio de la Madalena y diputado de aquella universidad y que es cuerdo y virtuoso y que avia leyo en ella la facultad de Canones çinco o seys años con mucho credito y aprovacion y aprovechamiento de sus oyentes.»

por obras legistas –derecho positivo y literatura jurídica– y en ella apenas hay libros religiosos, en contra de lo que es usual⁹¹. Al lado de autores que se pueden inscribir en el *mos italicus*, están presentes otros renovadores como Covarrubias y Leiva o Vazquez de Menchaca. También se elenca un tomo del célebre abad calabrés Fray Joaquin de Fiore, lo que indica que no todo es conformismo y aceptación del orden establecido en sus lecturas⁹².

El ambiente en el que Don Sebastián desarrolló su actividad forense era indiscutiblemente elitista, al fin y al cabo la audiencia de Panamá era una corporación de graduados, aunque también por la mentalidad aristocratizante de sus oficiales, y que el derecho de aquel tiempo defendía⁹³. El mismo Avilés, en

⁹¹ AGI. Contratación, 376, N. 1, R. 5: Testamentaria del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea, oidor de la audiencia de Panamá. Panamá, 22 de noviembre de 1624: «(Al margen: *Peticion*) Blas Yvañez de Soto albacea y tenedor de los bienes del licenciado Hernando Ybañez de Albendea oydor que fue desta rreal audiència digo que yo boy haciendo almoneda de los dichos vienes y quedan por bender los esclavos y la librería que dexo el dicho difunto y porque entiendo que no a de aber persona que ponga los dichos bienes de contado y por ser bienes que corren mucho rriesgo de la vida y podrirse y que en ningun tiempo se me atribuya descuido ni negligencia y que conste que hago lo que tengo obligacion del officio que administro y me encargado para lo qual a vuestra merced suplico mande que se me de licencia para que se bendan los dichos negros y libros de fiado con fianzas bastantes a los placos que ansi lo pusteren pues en ello es utilidad de los dichos bienes y pido justicia Blas Ybañez de Soto.

En Panama en veynte y dos días del mes de noviembre de mill y seisçientos y veynte y quatro años ante el señor licenciado Hieronimo de Herrera del consexo de su magestad y su oydor en la rreal audiència desta ciudad juez de provincia en esta corte se presento y vista = dixo que dava y dio licencia a Blas Ybañez de Soto tenedor de bienes del licenciado Fernando Ybañez de Albendea oydor que fue desta rreal audiència para que benda los esclavos y libros que diçe en esta petición ffiados con fianzas bastantes ante mi Geronimo Rremon escrivano de provincia.»; Panamá, 20 de febrero de 1625: «(Al margen: *Remate de los libros*) En la ciudad de Panama en veynte días del mes de febrero de mill y seisçientos y veynte y cinco años Blas Ybañez de Soto albacea y tenedor de bienes del licenciado Fernando Ybañez de Albendea difunto saco al rremate la librería contenida en este ynventario encaxonada en diez caxones y de la forma que esta puesto por memoria y por boz de Francisco Hernández pregonero se apregonó y aperçivio y parezio Bartolome Hernández y pusso la dicha librería en treçientos patacones de contado y el dicho pregonero dixo treçientos patacones dan por la dicha librería pues no ay quien diga mas que buena que buena prolehesa y el dicho albacea dixo aperçiviessse el dicho rremate y no hubo quien diessse mas y se rremato en el dicho Bartolome Hernández el qual que presente estava açeto el rremate y rrezivio los dichos libros en los dichos diez caxones de ques contento y entregado a su voluntad y rrenunçio la cossa non vista y el dicho Blas Ybañez de Soto albacea y tenedor de los dichos bienes confesso aber rrezivido los dichos treçientos patacones en rreales de que es contento rrenunçio la pecuna y otorgo carta de pago en bastante forma lo firmaron de sus nombres fueron testigos Gregorio Díaz y Juan de Solis y Rrodrigo Çanbrano presentes Bartolome Hernández Blas Ybañes de Soto ante mi Geronimo Rremon escrivano de su magestad».

⁹² AGI. Contratación, 376, N. 1, R. 5: Testamentaria del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea, oidor de la audiencia de Panamá. Memoria de los libros que quedaron del Licenciado Ibañez de Albendea. Panamá, 22 de noviembre de 1624.

⁹³ Tanto la mentalidad social como la doctrina de los letrados, profesaba la preferencia de los nobles en el desempeño de los oficios de justicia. Castillo de Bobadilla, cuya obra literaria fue muy leída en los siglos XVI y XVII, la defendía ardientemente. Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, I, (Madrid, 1597), p. 97-98: «la lealtad es parte muy necessaria en los juezes: y siendo nobles, es muy verisímil que la tendrá»; p. 103-104: «por lo qual es resolucion de todos los Doctores, assi Teologos, como Iuristas, que para los oficios de justicia sean preferidos y buscados los nobles, y de los buenos entendimientos, porque con la fidelidad que en ellos se descubre, y por la integridad de

carta a Felipe IV, anteponeía su condición noble cuando vió cuestionada su honradez profesional⁹⁴. Su antecesor Ibañez de Albendea incorporó al mayorazgo familiar los libros escritos por su padre sobre nobleza y armas⁹⁵. Y hasta el visitador Ortiz Zapata en 1632 ordenó al tribunal panameño que en los estrados solo se admitiesen a caballeros nobles⁹⁶.

Eran comunes los piques entre los oidores y los presidentes de las audiencias⁹⁷, cuando estos eran de capa y espada, diferencia explicable entre personas de formación, hábitos y psicología tan diversos. Coincidió la auditoria de Don Sebastián en Panamá, con la gobernación, en la provincia de Veragua, del san-

entendimiento, se presume, que ni ellos engañaran haciendo cosa indebida, ni serán engañados sufriendola a los súbditos».

De la nobleza de los corregidores y otros oficiales públicos trata especialmente en el Libro I, capítulo IV (p.88-107), y más en particular con respecto a la administración de justicia en los números 15 (p. 9-8), 21 (p. 100-101), 22 (p. 101-102) y 24 (p. 103 s.).

⁹⁴ Véase documento citado en nota 41.

⁹⁵ AGI. Contratacion, 376, N. 1, R. 5: Testamentaría del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea, oidor de la audiencia de Panamá. Testamento del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea. Panamá, 29 de octubre de 1624: «(Al margen: *Sobre que se ynbién Salamanca los libros contenidos en esta clausula) Yten mando que los libros que ay en mi poder de letra y mano de Hernando Ybañez de Albendea mi padre y señor se buelvan a Salamanca para que se den y entreguen al sucesor de mi cassa y binculo que son los siguientes.*

(Roto: Un) libro que (Roto: tra) ta de harmas y blasones.

Otro que trata de algunas cassas de grandes de España y títulos.

Dos libros de libelos y leturas.

Otro que se intitula platica de moyo.

Los quales quiero queden vinculados y no los puedan bender ni enajenar en ninguna manera ningun subcesor mio por ser de mucha estima por quien los escrivio y tener muchas cossas muy curiosas...».

⁹⁶ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 94: Auto del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de la audiencia de Guatemala, y visitador general de Tierra Firme, con los capítulos para la de Panamá. Panamá, 12 de noviembre de 1632: «(Al margen: 33) *Otrosi que los señores Presidente e oydores no den asiento en los estrados de la rreal audiencia sino fuere a personas nobles y cavalleros hijosdalgo como se practica en las chançilleries de Valladolid y Granada aviendo presentado executoria o privilegio por cuya causa se le deva guardar la dicha preeminencia y constando ser persona tal como se rrefiere en este capitulo se le señalar el lugar que le toca conforme a la calidad de su persona».*

⁹⁷ Los presidentes de las audiencias cuando eran caballeros y ejercían las funciones de guerra y gobierno solían querer extender al máximo sus competencias. AGI. Panamá, 18, R. 2, N. 32: Carta del Licenciado Don Juan de Alvarado Bracamonte, fiscal de la audiencia de Panamá. Panamá, 14 de julio de 1627: «...anse echo los señores presidentes desta haudienzia tan dueños de todas las cosas de gobierno y guerra que no permiten que ninguna persona ni aun los fiscales toquen en ellas con otros cien mill ynconvinientes y excessos de jurisdiccion y como son tan poderosos para descomponer a los ministros inferiores ni aun por via de advertencia se les puede decir lo que se siente y conviene al rreal servicio y asi ynportaria despachar çedula para que los oficiales en qualesquiera materia que toquen al rreal servicio por qualquier modo o caso que sea de guerra o gobierno puedan ante los presidentes gobernadores y capitanes generales pedir y diligencia todo aquello que conviniere al cumplimiento de las çedulas y ordenanças rreales y en todo lo que tocara a su rreal servicio y su hacienda patrimonio rreal y administración de su rreal justicia y a los dichos gobernadores otra para que asi lo cumplan y la buena correspondencia que deven tener con los fiscales que por este medio abia mucho de que avisar porque se aran capaces de estas materias. (Al margen: *Que no es necesario nueba orden en esto sino que en execucion de las dadas y de lo que su magestad le manda por su titulo pida lo que le convenga y sea su servicio y bien de la causa publica.*)».

tiaguista Don Juan Cortes de Monroy⁹⁸, de la familia de Hernán Cortés, el conquistador de Mejico⁹⁹. Este caballero alumno de la escuela más aguerrida de la milicia –su padre era uno de aquellos soldados monstruosos que habiendo batallado ciento diez y nueve veces con los indios siempre resultara vencedor¹⁰⁰–, llegó a sentirse incomodo con los jueces de Tierra Firme. Por el año 1629 se quejaba a la Corte de la audiencia, a la que acusa de vulnerar la ley, por las molestias que los jueces de comisión ocasionaban en su distrito¹⁰¹. Además estaba molesto por las facultades que el ordenamiento daba a los tribunales, entre ellas

⁹⁸ AGI. Contratación, 5793, L. 1, 1608 a 1629. *Provistos a Tierra Firme*, fol. 388 vto. – 391: Real carta de Don Felipe IV, mediante la cual nombra gobernador y capitán general de Veragua a Don Juan Cortes de Monroy, en lugar y por cese del capitán Lorenzo del Salto. El Pardo, 6 de enero de 1625; 5396, N. 68: Expediente de licencia para pasar a Indias Don Juan Cortes de Monroy, gobernador y capitán general de Veragua, con sus criados. Sevilla, 11-12 de abril de 1626.

⁹⁹ AGI. OM. Santiago, 2178. Pruebas de Don Juan Cortes de Monroy, caballero electo de la Orden de Santiago. Años 1625-1626.

¹⁰⁰ AGI. Contratación, 5360, N. 34: Expediente de licencia para pasar a Indias el maestre de campo Juan Cortes de Monroy con sus criados. Sevilla, 27 de abril–3 de mayo de 1618.

AGI. Panamá, 1, N. 339: Consulta del Consejo de las Indias sobre la provisión del gobierno y capitanía general de la provincia de Veragua, en Tierra Firme, vacante por cumplimiento del término de su oficio del capitán Lorenzo del Salto. Madrid, 15 de diciembre de 1624: «*Don Juan Cortes de Monroy y hijo del maese de campo Pedro Cortes de Monroy que sirvió çinquenta y çicno años en la guerra del Reyno de Chile con tanto esfuerzo y balor que consta que en ciento y diez y nueve batallas que dio a los yndios salio siempre benzedor: el hijo milito en compañia quinze años continuos hallandose que en todas las ocasiones que en su tiempo se ofrecieron y por sus buenas partes le nonbro el governador de aquel Rreyno por capitan de una de las fuerzas mas importantes del que sirvio algun tiempo, y viniendo con su padre a estos Rreynos el año de 615 a pedir un socorro de mil hombres para aquella guerra fueron rrobados de cosarios en el camino, y como quiera que el Rey nuestro señor que sancta gloria aya hizo merced al dicho maese de campo de quatro mil ducados de rrenta por dos vidas y de uno de los mejores corregimientos del Peru, no gozaron de lo uno ni lo otro porque volviendo a su casa murio en Panama y a pocos días su hijo mayor que subçedio en la dicha rrenta, con que este a quedado neçesidad que aunque a siete años que se le hizo merced de un havito no a podido tratar de las pruebas por no tener caudal para ello con cuya considerazion le a propuesto el Consejo de Vuestra Majestad para algunos offizios en las Yndias y en particular para el corregimiento de Castro Virreyna en el Peru*».

¹⁰¹ AGI. Panamá, 29, R. 18, N. 68: Carta de Don Juan Cortes de Monroy, gobernador y capitán general de Veragua, en Tierra Firme al rey Don Felipe IV. S. l. s. f. c. 1629: «(Al margen: *Que se le de sobrecarta para que la audiencia de Panama no enbie jueces de comision a aquel gobierno sino que todo lo que se ofreciere se lo rremita como se acostunbra en todos los demas gobiernos de las Yndias. + Que se le puede y debe dar por ser ya hordinario que la llevan y los gobernadores y corregidores {Rúbrica} Desele en la forma ordinaria {Rúbrica}) Que sin embargo de haver mandado Vuestra Majestad que el Presidente y oydores de la Rreal audiència de Panama en cuyo distrito cahe el dicho gobierno no enbien a el jueçes de comision sino lo que se ofreciere asi en materia de yndios como de españoles lo rremitan al governador de la dicha provinçia para que haga justicia no cumplen la çedula que ay sobre esto antes envían muy de hordinario jueçes con días y salarios exorbitantes a cuya causa aquellos pobres vasallos estan consumidos y gastados con los dichos jueçes y desanparan sus casas y mujeres e hijos y se ban a vivir a otras tierras con que aquella provinçia esta casi despoblada de jente = Supplica a Vuestra Majestad mande se le de sobreçedula mas apretada de la dada para que la dicha Rreal audiència no enbie los dichos jueçes sino que lo que se ofreciere asi en materia de yndios como de españoles lo rremita al governador de la dicha provinçia de Veragua como se acostunbra en todos los demas gobiernos de las Yndias*».

la de remover a los gobernadores, proponiendo que el castigo que se les debiera hacer, si había causa, quedara para el juicio de residencia¹⁰².

Sin embargo no fue este el episodio más grave, entre soldados y juristas, en el que Don Sebastián se vio complicado. Con los demás oidores, protagonizó un duro enfrentamiento con Don Alvaro de Quiñones al que acusaban de que con sus pretensiones «*se ensancha la jurisdiccion de la guerra en disminucion y perjuicio de la ordinaria*»¹⁰³. Estaba este patricio lleno de humos caballerescos y de

¹⁰² AGI. Panama, 29, R. 18, N. 68: Carta de Don Juan Cortes de Monroy, S.I. c. 1629: «(Al margen: *Que la audiencia de Panama no pueda suspender ni ynbiar a prender al gobernador ques o fuere de Veragua por causa ninguna ni por capitulos ni delaciones que del se den asi por el fiscal como por otros particulares del gobierno y fuera de rremitiendolo a sus rresidencias. Que en este caso no se puede dar rregla cierta por aver muchos negoçios y capitulos que por tener trato sucesivo o por otro respeto no se pueden rreserbar para las rresidencias sin embargo que conbiene que los presidente y audiencia tengan entendido que no es justo inquietar prender o suspender al dicho gobernador si la gravedad de la causa no obligare a tan grande demostracion y en esta conformidad se podia despachar cedula si pareçiere ser necesario {Rúbrica} No ha lugar lo que pide {Rúbrica}*) *Que Vuestra Magestad sea servido de mandarle dar sobrecedula mas apretada de la dada para quel audiència de Panama no pueda suspender quitar ni ynviar a prender al goverbador ques o fuere de aquella provinçia por causa ninguna ni por capitulos ni delaciones que del se den asi por el fiscal de Vuestra Magestad de la dicha Rreal audiència como por otros particulares del gobierno, o fuera del porque aunque para lo dicho ay çedulas no la guardan el Presidente y oydores de la dicha audiència antes envían a prender a los dichos gobernadores y conocen de sus causas teniéndolos fuera de su gobierno y enviando otras personas que gobiernen de que se si-guen grandes daños e ynconvinientes porque maltratan a los dichos gobernadores trayendolos por las çarçeles con malos trabajos y gastos de sus haciendas en que gastan el salario que Vuestra Magestad les da y la mucha o poca haçienda que tienen y con temor destos agravios no hacen justiçia ni gobiernan como conviene al servicio de Dios y de Vuestra Magestad y los basallos se gastan y menoscaban y pierden con esto el rrespeto a su governador lo qual çesara y ellos se engrosaran en haciendas si entendiesen que no an de ser anparados ni oydos sino en grado de apelacion en la difi(Entre líneas: ni)tiva de sus causas dejando las que pusieren al governador para su residencia como se haze en todas partes pues la a de dar a su tiempo con que Vuestra Magestad sera mas vien servido y los vasallos con mas aumento y los gobernadores con mayor animo de aventajarse en vuestro Rreal serviçio = Vuestra Magestad se sirve de mandar despachar a dicha sobre cedula en la conformidad que pide es cosa tan justa que en ello rrezivire muy gran merced».*

¹⁰³ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 65: Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, Doctor Don Miguel de Meñaca, Licenciado Juan Bautista de la Gasca, y Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, oidores de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 18 de julio de 1630: «(Al margen: *Capitulo I. Que Vuestra Magestad mande no de condutas de capitanes de caballos no traygan insinia de tales, el Presidente sin tener gente para ellas.*) *Por çedula de 25 de Abril, del año de 1607 manda Vuestra Magestad que el Presidente de esta Audiencia como Capitan general conozca con inhi-bición della de las causas criminales de los capitanes, Alferçezes y sargentos de las compañías del numero de esta ciudad, asi de infantería como de caballos. Y como por este camino se ensancha la jurisdiccion de la guerra en disminucion y perjuicio de la ordinaria: dan los capitanes generales mas condutas de las que son menester. Como se verifica oy, que ay en esta ciudad (donde apenas con apremios y carisias se hallan quarenta de a caballo) tres capitanes con insinia de capitanes vivos en las manos de ordinario, que son Juan Cortes, Don Antonio Enriques del Castillo, Don Alonso Laso de la Vega. El inconveniente que esto tiene es hazer publico que no ay gente y caballos para estas compañías en que no se reparara si no hubiera capitanes, y que ellos gozen de los fueros de la guerra sin servir de infantería porque se tienen por de a caballo, y sin servir a cavallo porque andan siempre a pie y ninguno de los dos ultimos lo tiene. Damos quenta dello a Vuestra Magestad para que se sirva mandar lo que fuere de su servicio».*

vanidad¹⁰⁴, por eso nada más pisar Tierra Firme tuvo graves enfrentamientos con la audiencia¹⁰⁵. La correspondencia en el mes de noviembre de 1629 revela que

¹⁰⁴ Don Alvaro de Quiñones (o Pérez de Quiñones) Osorio, nació en León en 1577, fue caballero de la Orden de Santiago, regidor de la ciudad de León y su procurador en Cortes, familiar del Santo Oficio, señor de Lorenzana, Coladilla y valle de Riazo, gentilhombre de la boca de Su Majestad, y del consejo de Hacienda y de su Contaduría. Era hijo de Diego Perez de Quiñones Lorenzana y Vazquez de Miranda Valdés, de una rama menor de la Casa de Luna, y de su mujer Doña Francisca Osorio de Quiñones Álvarez Maldonado, de las casas de Prioranza y Laciana, todo ello en tierras de León. Contrajo matrimonio con Doña Francisca de Castro y Neira.

ACC. Papeles de Don José Luis Ferreiro Blanco Florez Valdés: *Arbol de la Casa de Quiñones. Rama de los Señores de Riazo y Coladilla perteneciente hoy a los Marqueses de Monte-Virgen*.

AHN. OM. Santiago, 6797. Pruebas de Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero electo de la Orden de Santiago. Año 1609.

ARCHV. Ejecutorias, 2131, 79. Ejecutoria librada por la Real Chancillería de Valladolid en el pleito entre Don Alvaro de Quiñones, caballero de la Orden de Santiago, señor del valle de Riazo y Coladilla, vecino y regidor de Leon, y el concejo y vecinos de Coladilla por el uso y aprovechamiento del lugar de Riazo. Valladolid, 26 de abril de 1613; 2125, 67. Ejecutoria librada por la Real Chancillería de Valladolid en el pleito entre Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, vecino de León, y el concejo y vecinos de Coladilla sobre el uso y aprovechamiento del lugar de Riazo. Valladolid, 30 de enero de 1613; 2185, 552. Ejecutoria librada por la Real Chancillería de Valladolid en el pleito librado entre Don Alvaro Perez de Quiñones, caballero de la Orden de Santiago, vecino y regidor de León, y los vecinos y concejo de Coladilla, por el uso y aprovechamiento del lugar de Riazo. Valladolid, 27 de mayo de 1615.

Jose PELLICER Y TOBAR, «Avisos históricos que comprehenden las noticias y sucesos mas particulares, ocurridos en nuestra Monarquía», en Antonio VALLADARES, *Semanario erudito que comprehende varias obras inéditas, críticas, morales, instructivas, políticas, históricas, satíricas, y jocosas de nuestros mejores autores antiguos y modernas*, XXXII, (Madrid, 1790), p. 49-50.

Domingo JUARROS, *Compendio de la historia de la ciudad de Guatemala*, I, (Guatemala, 1808), p. 27.

Javier PÉREZ DE RADA, Marqués de Jaureguizar, *Relación de los poseedores del Castro y palacio de Prioranza del Bierzo de alguno de sus allegados y descendencia de ellos*, (Madrid, 1999), p. 65-68.

¹⁰⁵ AGI. Panama, 18, R. 4, N. 58: Carta de la Audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. S.I. noviembre de 1629: «Don Alvaro de Quiñones Presidente de esta audiencia se entra en la jurisdicción della y de las Justicias ordinarias a título de Guerra y Gobierno, siendo meramente causas de Justicia. Como lo hizo en un pleyto del Juzgado de bienes de difuntos. Otro de los fieles executores. Otro entre los dueños de navios grandes y pequeños. Otro de Gorje Rrodríguez con el sargento mayor sobre el arrendamiento de una casa. Otro sobre la paga de una partida de alcabalas de las mercaderías de Monel. Otro criminal del alcalde de la hermandad de Puertobelo. Otro de Diego del Castillo. Otro de la prisión de Gorje Rrodriguez contra el auto del oydor semanero de los quales se embian testimonios para que vistos provea Vuestra Majestad lo que mas convenga.

Desde que llevo a esta audiencia el dicho Presidente a introducido gobernar la sala en la vista de los pleytos a título de que habla en el echo, recopilandole, dudando, preguntando y respondiendo, y mandando al relator que lea esto o aquello del pleyto siendo assi, que solo le toca señalar el pleyto que se a de ver; porque lo demas toca a los juezes, y en particular al mas antiguo. De mas de ser cosa indecente, embaraça, y gasta mucho tiempo.

En los pleytos que salen en discordia de votos a nombrado juezes de remisión, tocando por la ordenança a los oydores va testimonio de las veces que los a nombrado.

Despacha solo por si, sin la Audiencia provisiones por don Felipe de que va testimonio, y un tanto del tenor de ellas.

Dize que sin el no ay ni puede aver audiencia ni acuerdo. Y con este presupuesto tiene ordenado que aunque de la ora de entrar en audiencia que es todo el año a las siete no aviendo el venido no se entre, y se espere aunque den las nueve, como se a echo. Y el portero que es solo y sirve de sacristan haze falta porque lo ocupa en que vaya todos los días, a saber si a de venir o no a la audiencia pudiendolo hazer con un criado suyo. Y ansí mismo tiene mandado, que no iendo el a las iglesias y fiestas publicas, aunque aunque vaya toda la Audiencia, no lleven las sillas almoadas y alfombra, con que quita la autoridad con

ya por entonces las relaciones entre el presidente y los jueces eran de subida tensión, y como decía Don Alvaro «no estraño la oposición que algunos de la *profession de Vuestras mercedes* (los oidores) tienen con los que gobiernan»¹⁰⁶.

que debe estar la real audiencia, de cuyo respeto y veneración (causado en el pueblo por estas demostraciones publicas) pende la seguridad de esta tierra. Y en oposición manda llebar silla y almoada de la Audiencia para si, a qualquier iglesia, y en qualquiera dia que vaya a oyr misa aunque sea resada.

Acostumbra irse todos los días a las casas del cavildo que caen a la plaça donde tiene dos y tres mesas de juego, y desde las ventanas, sin ocasion de importancia llama por señas y embia a llamar con soldados a los oydores que pasan quando vienen de la audiencia solo por ostentar superioridad y grandeça de que se siguen dos inconvenientes, el hazerles perder tiempo, y la indecencia de tenerlos allí donde están jugando los vezinos mercaderes y soldados. Y aunque se le a dado a entender, no se quiere dar por entendido, antes lo haze peor dando ocasion a pesadumbres de que nos procuramos escusar.

A introducido que pag(u)en todos quantos salen de la ciudad quatro pesos de cada licencia, aunque sea para ir a los lugares circunvesinos y estancias. Y trayendo como a traído con ocasion de enemigos todos los vezinos de la Governacion para volverse a sus casas despues de gastados en servir a Vuestra Magestad les llevan por cada licencia lo mismo de que ay quejas y general sentimiento avisase a Vuestra Magestad para que no pase adelante esta imposicion nunca vista no oyda en esta tierra.

Tiene Vuestra Magestad mandado que los caxones de cartas y pliegos que vienen para esta audiencia se abran estando juntos Presidente y oydores como se haze en todas. Y aviendo entendido que el Presidente iba a Puertobelo con animo de abrirlos se le advirtio no lo hiziesse por uno de los oydores que sobre ello le escrivio un papel, a que respondió que los avia de abrir y visto esto se le imbio a intimar y hazer saber la cedula real que lo dispone y aunque el fator Don Diego Pinelo, se lo advirtió y hizo replicas sobre ello, sin embargo abrió el caxon y saco las cartas que quiso, como consta del testimonio que va con esta, y una carta del fator, escrita al oydor don Juan de Larrinaga.

El ir los Presidentes a Puertobelo al despacho de las flotas y galeones tiene muchos inconvenientes. El primero que no siendo alla menester haze falta al gobierno en esta ciudad, no dexandolo como no lo dexa a la Audiencia, antes se lo impide como se dira en otro capitulo de esta carta. Lo otro por el inconveniente de querer abrir alla los pliegos a titulo de que no tiene tiempo para responder, no siendo assi, con lo qual temen todos escrevir y se quejan de que les faltan cartas, y se las dan abiertas. Lo otro porque como no es letrado no puede por si solo administrar Justicia, componer las discordias y encuentros de los mercaderes que son muchas, y este (Entre líneas: es) el fin principal para que Vuestra Magestad tiene mandado vaya un oydor cada año. A dado a entender que a de ir todos los años, y cada año seran mayores los inconvenientes».

*Cfrs.: Panamá, 18, R. 4, N. 58: Testimonio del auto de Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, gentilhomme de la boca de Su Magestad, de su Consejo de Hacienda y Contaduría Mayor de ella, presidente de la audiencia de Panamá, y gobernador y capitán general de Tierra Firme, en presencia de Don Gonzalo de Medina Lison, castellano del castillo de San Felipe de la ciudad de Portobelo y del capitán Agustín de Rojas, alcalde mayor y capitán a guerra de esta localidad, en el que ordena que al recibir el cajón titulado *Por el Rey nuestro señor al presidente y oidores de la Real Audiencia de Panama*, que viene en la armada de la guarda de las Indias al mando del general Martín de Ballecilla, se abran los pleigos que vengán a nombre de Su Señoría, y se dejen para el acuerdo los que digan presidente y oidores, y cumplimiento de él. San Felipe de Portobelo, 6 de noviembre de 1629.*

AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 61: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Portobelo, 17 de julio de 1630: «...y como los despachos y ordenes de Vuestra Magestad se rremiten juntamente con los de la audiencia en un cajon que para aberle de abrir es fuerça concurrir todos juntos como Vuestra Magestad lo tiene mandado y hallandome en esta ciudad ay el ynconbeniente que se ve de que vayan a Panama de donde se me an de rremitir abriendolos alla y no le deja de tener el abrirlos aquí sin los oydores y para que todos acudamos a lo que nos toca y yo con la puntualidad que devo a lo que Vuestra Magestad ordena. Suplico a Vuestra Magestad se sirva de mandar que las çedulas y despachos que me tocaren se me rremitan en cajon de por si para que los abra en la parte que me hallare...».

¹⁰⁶ AGI. Panamá, 18, R. 4, N. 58: Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, Doctor Don Miguel de Meñaca, Licenciado Juan Bautista de La Gasca y Doctor Don Juan de Larrinaga

El motivo era un conflicto de competencia entre la audiencia y el presidente como capitán general, sobre el conocimiento de las lesiones ocasionadas a Francisco Vazquez, de que eran autores Pedro Martín Calvillo, Diego Benitez, alférez de la compañía de caballos del número de Panamá, y sus negros¹⁰⁷. Presos estos, Quiñones reclamó a Alvitez, conocido en la ciudad además como guitarrista y fornicador impenitente, y este mismo alegó su fuero militar y por

Salazar, oidores de la audiencia de Panamá a su presidente Don Alvaro de Quiñones Osorio, gobernador y capitán general de Tierra Firme. Panamá, 3 de noviembre de 1629: «*De un auto de Vuestra Señoría nos dio noticia el secretario del gobierno, para que esta audiencia no se embarace en las cosas de gobierno tomando por fundamento una cedula real del año de 23 y aunque esta real audiencia por lo que le toca, y la obediencia a los mandatos reales no faltara un punto, mayormente a voluntad expresa de Su Magestad a tenido por no necesaria esta diligencia pues la cedula real lo dispone claramente. Y no ay quien pueda proveer auto contra la real audiencia que aun los consejos supremos para mandar a las audiencias no lo hacen sin firma de Su Magestad y considerando esto no le dio facultad al secretario para que intimase el auto. Y llegando a lo principal sobre que a sido este auto se advierte a Vuestra Señoría que la cedula real sin embargo de que da a Vuestra Señoría el gobierno en audiencia de esta ciudad, es en todo aquello en que se puede hallar presente, y en lo que la dilación no puede causar daño: pero las cosas que de su naturaleza tienen expidiente, y no pueden aguardar demandas y respuestas, quien las puede hazer sino la audiencia, que en su nombre el oydor mas antiguo, que preside supuesto lo qual, le tocan sin falta alguna, sin dependencia de otro. Y si Vuestra Señoría lo considera atentamente, esto es dar mas autoridad y estimación al oficio que siendo de Vuestra Señoría estara con indecencia en un particular, rrepresentando a Vuestra Señoría para que conserve su autoridad, y no disminuya la de esta real audiencia; invocando y alterando una cosa tan llana y justa; y como tal observada invariablemente de tantos Presidentes de esta y otras audiencias, y de los Virreyes del Piru. Y de esta carta y auto embiaremos tanto a su Magestad para que sirva disponer y mandar lo que mas convenga a su real servicio y utilidad de esta republica....»»; Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al Doctor Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, Doctor Don Miguel de Meñaca, Doctor Juan Bautista de la Gasca, Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, oidores de dicho tribunal. Portobelo, 8 de noviembre de 1629: «*Su carta de Vuestras mercedes de tres de este recebi en ocho, que no debio de traer orden el chasqui de venir mas apriesa mayor la hubieron Vuestras mercedes en escribirla pues a la que se debia calidad de consulta la pretenden de dición aunque no estraño la oposición que algunos de la profession de Vuestras mercedes tienen con los que gobiernan, sin ella me prometia de lo que Vuestras mercedes se deben a si mismos por su calidad, pasamos sin cansar al consejo con interpretaciones de ordenes expresas de Su Magestad en materias de gobierno. El de este reyno me toca a mi privativamente, ausente o presente de Panama, estando en el distrito, y asi lo manda su magestad y yo en su nombre, quando se intenta contravenir a esto, puedo ordenar a Vuestras mercedes no lo hagan como presidente, como gobernador y capitán general = Acudan Vuestras mercedes a las cosas de justicia, y a las de gobierno solo en apelación de partes, gobierne la audiencia el mas antiguo en mi ausencia, lo demas de paz y guerra a mi me toca, y en esta conformidad lo hagan Vuestras mercedes, sin embargo de lo que me escriben, y den cuenta como dizen a su Magestad a quien tanvien la dare yo. Y en el entretanto que otra cosa manda no se innove, que sera en su deservicio y yo procedere a la demostracion que pidiere la justicia y conservación de la autoridad de mi oficio y obligaciones con que naci. Y pongase esta declaración en el libro del Acuerdo que para que conste en todo tiempo entregara a Vuestras mercedes la carta del secretario de la audiencia y estare siendo Dios servido en esta ciudad dentro de doze días, aunque se dexa imperfecto a lo que vine y su Magestad nuevamente me manda, que estos malos frutos de semejantes oposiciones».**

¹⁰⁷ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64: Querrela civil y criminal, con información y autos, promovida por Francisco Vazquez, por lesiones, contra Diego Martín Calvillo, Diego Benitez, vecinos de Panamá, y contra los demás que aparecieren culpados. Panamá, 3-18 de mayo de 1630.

lo tanto la incompetencia del tribunal¹⁰⁸. Extraído el alferez de la jurisdicción de la audiencia, esta consigue recuperarlo¹⁰⁹, y al enterarse Don Alvaro de la resistencia de sus oidores, se presentó en la ciudad el 14 de mayo de 1630, llamó a la tropa y se presentó y entró en el edificio de la audiencia con la intención de prender a los oidores¹¹⁰. El enfrentamiento fue muy duro, Álvarez

¹⁰⁸ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64. Copia de la carta que el Acuerdo de la Real Audiencia de Panama, sus oidores, Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, Doctor Don Miguel de Meñaca, Licenciado Juan Bautista de la Gasca y Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar, a Don Alvaro de Quiñones Osorio, su presidente, y gobernador y capitán general de Tierra Firme. Panamá, 13 de mayo de 1630: «*El señor Don Juan de Larrinaga Salazar como alcalde de Corte hizo averiguacion de unas cuchilladas, de que salio herido de una estocada y de una pedrada derribados algunos dientes un soldado, y resulto culpa contra Pedro Martín Calvillo, Diego Venites y sus negros, que todos viven en una casa, despacho mandamiento de prision, dio cuenta a la sala. En virtud del mandamiento dado a los cinco de este mes fueron presos los referidos y luego embio Vuestra Señoria a pedir a Diego Venites al señor Don Juan, y respondo que no podía obrarselo porque avia dado cuenta a la sala de la prisiòn y desacatos que en ella avia tenido a la Justicia no queriendo dexarse prender en hora y media; que lo propusiesse Vuestra Señoria a los señores de la real Audiencia, que por su parte acudiria a la obligaciòn, y el gusto de Vuestra Señoria. El viernes 10 por la mañana en audiencia publica pidio por peticion Diego Venites se declarase esta Audiencia por no Juez de esta causa y se remitiesse a su fuero, presentando recaudo con que pretende estar sujeto al de la guerra como Alferez de la Compañia de Cavallos del numero de esta ciudad. Diose traslado al señor fiscal, y que con su respuesta se traxesen los autos. El sábado 11 vino el Licenciado Juan Florez de parte de Vuestra Señoria y nos mostro una cedula de su Magestad en que manda que los capitanes, Alfereses y sargentos de las Compañias del numero gozen de los privilegios que gozan los soldados pagados, y aviendola leydo se les respondió por cada uno de estos señores con la cortesía debida. Y estando en la Audiencia dentro de poco rato vino el Ayudante con soldados, y sin darnos quenta de la resoluciòn y orden de Vuestra Señoria ni el Alcaýde de la cárcel de corte, que tubo presisa e inexcusable obligaciòn de hazerlo antes de executar la orden: se hizo de hecho sin conocimiento de causa, estando pendiente en la Audiencia. Y en el estado referido eran necesarias las salvas que dispone el derecho y çedulas reales, que Vuestra Señoria tiene entendidas que parecio deslustre de este tribunal superior en que Vuestra Señoria es cabeça».*

¹⁰⁹ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64. Copia de la carta. Panamá, 13 de mayo de 1630: «*Fueron de visita aquel dia sabado los señores Juan Bautista de la Gasca y Don Juan de Larrinaga, y con parecer y voto de los demas señores, de que fueron prevenidos, no hallando en la cárcel su preso que estava puesto en la lista de la visita porque el Alcaýde no supo hazer su oficio lo mandaron prender: como lo hiziera Vuestra Señoria que sin darle quenta entregaron sus presos a nuestros ministros. El señor Don Juan cuidadoso de su oficio salio anoche 12 de este a rondar, luego entre otras casas en que prendio amañçebados a la de una muger soltera llamada Doña Ana de Sotomayor, donde procuro hazer lançe, y se escapo el hombre; y por la publicidad de que trata con ella Diego Venites y aver hallado una guitarra suya muy conocida, se entendio era el susodicho, y para certificar se fue al quartel, donde dezian le tenia preso Vuestra Señoria y dexando en la puerta de la real audiencia todos los alguasiles y criados que llevaba, se fue solo con el escribano al quartel, y con mucha paz y cortesía hablo con los soldados que estaban al fresco en la calle y con la posta, haziendoles algunas preguntas de combersacion, y entre ellas, si estava allí Diego Venites y aviendole dicho que avia ido a dormir a su casa se volvió el señor Don Juan y a las onze y media de la noche lo cogio desnudo en la misma cama y con la misma muger. Prendiolos y dio quenta esta mañana, y luego entro el sargento mayor a la Sala de la Audiencia con la carta de Vuestra Señoria pidiendo se lo remitamos, lo qual hizieramos de muy buena gana si sobre la declinatoria estubieran vistos los autos, y de ellos resultara el deberlo hazer: veranse con el animo que siempre, que es de hazer Justicia, y guardar el respeto debido a la persona y dignidad de Vuestra Señoria por la orden judicial y estilo que Su Magestad manda».*

¹¹⁰ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64: Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, Doctor Don Miguel de Meñaca, Licenciado Juan Bautista de la Gasca, Doctor Don Juan de Larrinaga Salazar. Panamá, 18 de julio de 1630: «*Martes por la mañana 14 de mayo de este año de 1630, se alboroto esta ciudad, viendo que el Presidente Don Alvaro de Quiñones, que estava convalenciendo en una casa de campo fuera de la ciudad, vino a ella a pie antes de amanecer, y saco de su casa toda su ropa y la*

de Avilés interpeló al presidente y cuando este pretendía tocar la campanilla le asió de la muñeca y le dijo *que haze Vuestra Señoría para que quiere tocar la campanilla*; Quiñones agraviado comenzó a gritar «*seanme testigos que me tienen asido de los braços*» y volviéndose a Don Sebastián le voceó «*No soy yo Don Francisco de Valverde voto a Cristo que tengo cordeles*». Las partes cada vez se acalararon más, Don Alvaro se consideró ultrajado: «*No soy hombre yo que sufro insolencias*»¹¹¹, pero al final salió con la suya, es decir llevó consigo a Diego Alvitez¹¹². Recordaba el presidente los lacerantes pesares que había tenido uno de sus antecesores, el afable y condescendiente Don Francis-

embio a la de Don Thomas de Quiñones. Y dio orden al Sargento mayor, para que todos los soldados de las tres compañías...estubiesen en sus puestos con polbora... y querdas encendidas para...a lo que se les mandase. Cosa que ame(Roto: dren) to la gente toda de la ciudad. Y mas quando vieron que acompañado del sargento mayor, capitanes, ayudante y otros oficiales de guerra iba a la Sala de la de la Audiencia, y se publico en la ciudad que iba a prender a los oydores. Los cuales con toda sensilles y agradable semblante le resistimos con la cortesia ordinaria; sin saber ninguna cosa de las sobredichas. Oyose la misa, y acabada, con semblante denonado, y acciones de enojado mando llebar recaudo a la Sala del Acuerdo».

¹¹¹ AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64: Carta. Panamá, 18 de julio de 1630: «*Fuymos a el, y apenas no hubimos sentado, quando (Entre líneas: empeso) a formar quejas sin fundamento de manera que en el despropósito descubrimos el intento, que era de ocacionarnos, y en particular al Doctor Don Juan de Larrinaga, cuya modestia y silencio, lo embrabecio de manera que casi fuera de si, y fijando en el la vista, asio con la mano derecha la campanilla, y al mismo punto viendo en frente del Acuerdo al sargento mayor y los demas capitanes, con reportada advertencia lo asio de la muñeca el Licenciado Don Sebastián Alvares de Avilés, oydor mas antiguo, diziendole, que haze Vuestra Señoría para que quiere tocar la campanilla. Haziendose cueradamente desentendido del intento y pareziendole ocacion al Presidente, dio voces, llamando a los soldados, a las cuales entraron con gran tropel corriendo desde la escalera donde estaban hasta la puerta del Acuerdo el sargento mayor los capitanes Don Thomas de Quiñones, MARTÍN Navarro Don Francisco Hurtado y otros. Y el ayudante se se supo, acudió a la puerta de la calle a llamar a los soldados. Al tiempo que llegaban a la puerta del Acuerdo que estaba (Roto) Doctor Don Miguel de Meñaca (Roto) y diziendole que para que eran aquellas voces y alborotos, y volviendo la cara al tropel de la gente les dixo con severidad, vayanse de ay, que no son menester aquí. Y viendo la gente que todos estamos en nuestro asiento quietos y sosegados, se volvieron, echandolos el portero a rempujones. Viendose el Presidente con gente empeço a dezírlas a gritos, seanme testigos que me tienen asido de los braços, y repetía a su capitan general, y poniendose sobre los braços de la silla, y volviendose asir el Licenciado Don Sebastián Alvares de Avilés dezía gritando, no soy yo Don Francisco de Valverde voto a Cristo que tengo cordeles, y le respondió nunca Dios tal quiera que tiene diferentes personas Vuestra Señoría en este Acuerdo, y donde estamos nosotros no es menester llamar a nadie. Y diziendo el Presidente no soy hombre yo que sufro insolencias, le replico, que modo de hablar es eso a un acuerdo? Que cosa es indecencias? Y estaba tal que dixo no he dicho tal, no he dicho tal. Las cosas las palabras y el modo fue de suerte que sin particular auxilio de Dios no se pudieran tolerar con la serenidad de animo y sosiego que lo llevamos todos, deseando quietarlo y reducirlo».*

¹¹² AGI. Panamá, 18, R. 5, N. 64. Carta. Panamá, 18 de julio de 1630: «*Al fin favorecio Dios nuestro sufrimiento y celo de su servicio, y el de Vuestra Magestad que nos embio para mantener en justicia esta tierra...conservarla en paz. Hizose (Roto e ilegible) crito al Acuerdo, que se avia de embiar a Vuestra Magestad con la nuestra, dimosle el preso que pedía, y en saliendo de la Audiencia le acompañamos en el coche en que entro para volverse a la casa de su convalecencia, con admiracion del pueblo, que esperaba diferente fin. La ocacion que tubo el Presidente para esta inquietud y novedad, contiene por estenso la carta que que este real Acuerdo escribio al Presidente en respuesta de otra suya a 13 de mayo cuya copia va con esta. Por aver echo tanto ruido este negocio y que no llegue a noticia de Vuestra Magestad por otra mano nos a parecido darle quenta, para que Vuestra Magestad mande lo que fuere servido».*

co Valverde de Mercado, cuñado del gran jurista Solorzano Pereira ¹¹³: los oidores Ovando, Manrique de Lara y Coronado, le hicieron la vida imposible, le amargaron sus últimos días y acaso le aceleraron la muerte –como era su deseo– ocurrida poco después de estos ingratos lances ¹¹⁴. Por eso cuando el dis-

¹¹³ Don Francisco de Valverde Mercado estaba casado con Doña María Pereira Solorzano, hermana entera del Doctor Don Juan de Solorzano Pereira, autor de *De Indiarum iure* y de *Politica Indiana*. Eran también hermanos suyos, Don Luis Pereira, que en 1606 incoó expediente para pasar a las Indias, y el Licenciado Hernando Pereira, canónigo de la catedral de Valladolid. Todos eran hijos del Licenciado Hernando Pereira, abogado en la corte y en el consejo de Su Majestad, y de su mujer Doña Catalina de Solorzano y Vera; nietos paternos del Doctor Benito de Castro, catedrático de Prima de Leyes en la universidad de Salamanca y de su esposa Doña María Pereira; y nietos maternos del Licenciado Hernando de Solorzano, abogado de la Real Chancillería de Valladolid y de su conyuge Doña Catalina de Vera.

AGI. Panamá, 1, N. 299. Consulta del Consejo de Indias sobre la petición de Doña María Pereira de Solorzano, viuda de Don Francisco de Valverde Mercado, gobernador y capitán general de Tierra Firme y presidente de la audiencia de Panamá, que suplica la merced de 4000 pesos de renta por dos vidas en indios vacos del Perú y ayuda de costa por una vez. Madrid, 15 de diciembre de 1616.

AGI. Contratación, 5296, N. 2, R. 1: Expediente de licencia para pasar a Indias Don Luis Pereira, hijo del Licenciado Hernando Pereira, abogado en la corte y en el consejo de Su Majestad, y de su mujer Doña Catalina de Solorzano y Vera. Panamá, 5-6 de abril de 1606; Contratación, 5369, N. 38: Expediente de licencia para pasar a Indias Doña María Pereira de Solorzano, viuda de Don Francisco de Valverde Mercado, gobernador y capitán general de Tierra Firme y presidente de la audiencia de Panamá, con sus hijos y cuatro criados. Sevilla, 2-7 de marzo de 1619.

AGI. Lima, 200, N. 25. Expediente sobre la petición de Doña María Pereira de Solorzano, viuda de Don Francisco de Valverde Mercado, presidente de la audiencia de Panamá, para que se le confirme la merced de dos mil ducados de renta por dos vidas en indios vacos del Perú situados en los de Uripa y Ancoraymes y sus anejos y seis pesos ensayados de por sí sobre el repartimiento de Lambayegue, y resolución del Consejo de las Indias sobre este asunto. Madrid, 15 de marzo – 28 de abril de 1622.

AHN. OM. Santiago, 8491. Pruebas de Don Francisco de Valverde y Mercado, natural de el Cuzco. Testimonio de Fray Luis de Lagos, de la Orden de San Agustín, su predicador mayor y sacristán mayor del convento de su instituto del Cuzco. Madrid, 17 de agosto de 1634, fol. 3 vto.: *...que doña María de Pereyra Solorzano es hermana del Doctor Don Juan de Solorzano del consejo de Yndias que tiene un hijo del abito de Santiago primo hermano del pretendiente...*; Testimonio de Doña Francisca del Castillo, natural y vecina de Madrid. Madrid, 2 de septiembre de 1634, fol. 28 vto.: *«...y es del mismo habito don Fernando de Solorzano Paniagua primo del dicho y sobrino de la dicha doña María hijo del Doctor Juan de Solorzano hermano de la dicha doña María Pereira...»*; Testimonio del Licenciado Andres del Marmol, natural y vecino de Madrid. Madrid, 4 de septiembre de 1634, fol. 29: *«...conoce don Fernando Solorzano y Paniagua sobrino de la dicha doña María de Pereira hijo del Doctor Juan de Solorzano hermano carnal de la dicha que es del habito de Santiago...»*.

¹¹⁴ AGI. Panamá, 16, R. 6, N. 73: Carta del Licenciado Melchor Suarez de Poago, fiscal de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe III. Panamá, octubre de 1614: *«Una esperanza sola quedava a este tiempo que era la llegada del licenciado don Juan Suarez de Ovalle a quien vuestra magestad cometio el averiguacion de los enquentros suçedidos entre los dichos Presidente y oydores el qual aunque se a portado con gran sagacidad y prudencia en la forma de su visita (que certifico a vuestra magestad que la tiene y a sido toda neçesaria) no a sido parte ni poderoso a reparar animos tan enconosos y arrestados como lo an estado los tres oydores don Alonso de Coronado, Antonio de Ovando, don Jorje Manrique no solo aunados y confederados contra el Presidente sino precipitados y desalumbrados en sus acciones y ocasiones pues an sido tantas y tan graves en las que le pusieron y a todos los del acuerdo que a de ser caso ympusible poderlas referir todas a vuestra magestad y temere gravemente referir algunas por la sospecha del credito que se puede dar a ellas porque ni an de parecer verisimiles, ni aparentes a verdad, y casi yncreybles entre tantos especificare tres o quatro a vuestra magestad suçedidas dentro del mismo acuerdo con presupuesto que conozco la calidad y gravedad del caso y que estoy dando cuenta del a vuestra magestad como su ministro y procurador fiscal que el serlo me obliga a darla que estimara en*

mucho el escusar de haçerlo pero vuestra magestad por sus reales çedulas a todos los que servimos estos offiçios nos ordena y manda que la demos muy en particular y por menor de quanto se ofrezca y esto sera causa de estenderme y alargarme en esta mas de lo que quisiera y fuera justo. =

(Al margen: 1.º) La primera ocasion fue que aviendose entrado en el acuerdo que se hiço a beynte y uno de agosto deste año propuso en el licenciado Antonio de Ovando que el tenia neçesidad de nombrar un alguacil para la execucion y cumplimiento de la comision que vuestra magestad le avia embiado tocante a las quantas de fabrica deste reyno y volviendo el rostro al Presidente sequitivamente dijo estas raçones esto se a de haçer porque conviene mucho al serviçio de su magestad para la averiguacion y castigo de tantos robos, usurpaciones, y ladroniços, como a avido en estas fabricas de que Vuestra Señoria es muy culpado y yo lo averiguare y sino aquí esta esta cabeza para que me la corten por aquí pasando la mano tres veçes por la garganta diçiendo esto con gran descompostura y colera sin ocasion y sin causa ni la pudo aver porque no se avia hablado por su persona del acuerdo antes de la dicha proposiçion ni en ella y lo que el Presidente (Entre lineas: respondio) fue deçir si yo soy culpado en tan graves delitos en la tierra esta quien me castigara a quien Su magestad lo tiene cometido = tomaron la mano sobre sustentar esta proposiçion los otros dos oydores don Alonso Coronado y don Jorje Manrique con palabras ocasionadissimas y fuertes y muchas que muestran esta verdad quedaron escritas en el libro del acuerdo porque se voto sobre el nombramiento de este alguacil como en efeto se nombro porque todos tres se conformaron en ello = y para que se pueda colejir quam aparente puede ser esto la verdad y lo sea se presumira façilmente por el testimonio que ba con esta de una çertifiçacion dada por via de auto por el dicho Antonio de Ovando que hiço se presentase ante el dicho visitador Don Juan Suarez de Ovalle sobre lo tocante a esta comision de fabricas por las raçones tan arrojadas que alli declara sin atender a ser juez el dicho Antonio de Ovando de la dicha comision declarandose por enemigo capital y parte contra el dicho Presidente, y contra los dema comprehendidos en ella =

(Al margen: 2) La segunda ocasion a pocos dias de este acuerdo en otro a diez y nueve de setiembre aviendo preso el dicho Antonio de Ovando a un portero solo que tiene la audiencia como no pareçio en el acuerdo pregunto el Presidente al dicho Antonio de Ovando la causa de la prision del portero el qual respondio yo no tengo obligaçion a dar aquí la causa, pidala el por petiçion a esto dijo el Presidente aqui se acostumbra do siempre y lo save vuestra merced y estos señores el dar quenta en el primer acuerdo de las prisiones y causas que se an hecho por cada uno de vuestras mercedes y preguntandolo un presidente pareçe que se debe dar raçon replico el dicho Antonio de Ovando yo no tengo obligaçion a eso y quando convengay y este en estrado la causa yo la dare a estos señores y dijo luego y si lo e de deçir (por testigo falso le tengo preso porque vuestra señoria le tubo tres dias ençerrado en un aposento y con guardas asta que declaro todo quanto vuestra señoria quiso y juro falsamente en todo quanto declaro y en deçir que el dia del ençuentro yo fui a çerrar la puerta de la sala del acuerdo y que sali a la escalera a llamar gente de la çiuudad no respondio palabra el Presidente a semejantes raçones = deço a la consideraçion de vuestra magestad la gravedad de las unas y las otras, dichas rostro a rostro a un Presidente y en acuerdo este fue el postrero en que se hallo porque a los quatro de otubre ya era falleçido = tras estas raçones del dicho Antonio de Ovando dijo luego don Jorje Manrique que estava muy justamente preso el portero por aquello y porque la tarde antes se avia entrado en el acuerdo sin llamerle con la campanilla y que entrava a escuchar y a oyr para jurar falso el Presidente respondio no entro sin llamarle porque tres veçes toque primero la campanilla que entrase el dicho don Jorje açeleradamente replico que el çertificaria a vuestra magestad y su consejo que no avia tal ni le avian llamado con la campanilla y lo mismo afirmo el dicho Antonio de Ovando. Callo el Presidente, y llamamos el licenciado Manso de Contreras y yo biendo semejante respuesta tan contraria a lo que paso pues çertifico a vuestra magestad que si no fueron quatro fueron tres veçes una tras otra las que llamo el Presidente con la campanilla antes que entrase el portero en el acuerdo y todos los ministros que estavam fuera afirman que la oyeron primero que el portero subiera al acuerdo =

(Al margen: 3.º) La terçera ocasion fue antes de estas en siete de agosto de este dicho año a donde en el acuerdo de este dia se leyo una carta del alcalde mayor de Puertovelo en la que dava respuesta a una real provision en que se le mandava cumpliese lo en ella contenido, o enviase la raçon que tubiese para no lo cumplir y leyendose esta carta dijo el dicho Antonio estas palabras (como aquí le favoreçen tanto a este se atreve a estas desvergüenças y libertades y a responder por carta el acuerdo lo que se le manda por una provision) repitiendo estas raçones con mucha colera dos u tres veçes de forma que obligo al licenciado Manso de Contreras a deçir aquí no se favoreçen desvergüenças ni libertades votese el

pleyto y vea su señoría quien haçe justiçia a lo qual respondió el dicho Antonio de Ovando con mayor colera no se pique vuestra merced ni lo tome por si replico a esto el dicho licenciado Manso con mucha blandura que el no lo tomava por si pero que con hombre ladinos hablava para entenderlo = a lo qual levantandose en pie de la silla, y atravesando todo el braço sobre la mesa del acusado, y cargando el cuerpo sobre ella con grande descompostura y palabras desentonadas dijo el dicho Antonio de Ovando pues tomelo por si o como quisiere que voto a Dios, que es el que tiene esta audiencia rebuelta y en el estado en que esta y el dicho licenciado Manso le respondió la voz muy baja porque siempre habla así y afirmo a vuestra magestad que no siento que se sepa enojar (y le dijo bien se save quien la tiene de esa manera y el dicho Antonio de Ovando con mayor açeleraçion le respondió el voto a Dios y no solo esta sino la de Santo Domingo la dejo rebuelta y por eso y por reboltoso le hecharon della) sin que fuese (Entre línea: parte) a haçerse callar el Presidente aunque toco la campanilla muchas veçes y se levanto y nos levantamos todos para salirnos y sin que bastare aver entrado el portero para çesar de repetir las dichas raçones y otros con muhos votos y juramentos, en voçes muy altas y estando ya fuera de la sala del acuerdo en un corredor que ybamos saliendo casi a la vista de los escrivanos de camara y otros se descalço un guante el dicho licenciado Ovando repentinamente y se le arrojó y tiro al dicho licenciado Manso y paso el guante por entre el susodicho y el presidente sin tocar a ninguno pero tan çerca de dar con el en el rostro al mismo Presidente que si no tuerçe la caveza y cuello, le diere con el en la cara esto hiço sin aversele oydo palabra que obligase al dicho Antonio de Ovando a semejante açcion y demostraçion y si alguna raçon dijo (que fue para ello bien gravemente provocado) fue en voz tan baja que ni el presidente que yba mas çerca la oyo ni yo tanpoco hecho esto fue a alçar el guante el mismo Antonio de Ovando y aviendole alçado se salio y bajo por la escalera abajo solo sin la audiençia apresuradamente hablando muy alto por entre todos los ministros, y demas criados y pleyteantes della de forma que alvoroto luego el negoçio la çuadad, y corrio la voz por todo el pueblo y hiço otras demostraçiones publicas haçiendo armas luego aquella tarde se yba negros con espadas y dagas saliendose al campo como a manera de desafio y tres dias andubieron los negros armados desta manera sin que ubiesen traydo asta entonçes espadas ni dagas de que se dio quenta al visitador y escrivio sobre el caso como lo a hecho sobre los demas referidos = el obispo deste reyno trato luego de componerlos y haçerlos amigos y sin reusarlo el dicho licenciado Manso lo careo en su casa y en quanto a lo publico quedaron hechas las amistades pero en los actos que se an ofreçido nunca lo a mostrado el dicho Antonio de Ovando=

Muy al descubierto se a conoçido de los dichos tres oydores el averse aunado y confederado para poner en ocasiones de encuentros y pesadumbres al dicho licenciado Manso de Contreras para poderse tachar por enemigo en lo que declarase contra ellos temiendo ser la persona mas lejitima, y que mas fee y daño les podia haçer con su declaraçion y esto se conoçera por el caso arriba referido y por el testimonio de la carta del alcalde mayor de Puertovelo que tomo por ocasiõn el dicho Antonio de Ovando que ba con esta y por ella pareçera si es descompuesta, o si tiene palabra libre ni desmedida mas de averla querido tomar por ocasiõn el dicho Antonio de Ovando = y las mismas ocasiones an buscado para conmigo solo porque no me quise declarar contra el presidente sobre que fui fuertemente solicitado por ellos =

(Al margen: 4.º) La quarta fue en otro acuerdo que antes destos se avia hecho sin el Presidente por estar en Puertovelo al despacho de la flota y galeones y tanpoco en el el licenciado Manso de Contreras por yndispusiõn de la gota = en este acuerdo trujo a platica don Alonso Coronado que presidio un memorial que el dicho Presidente dicen avia dado o enviado a vuestra magestad y en su real consejo de Yndias sobre el suçeso de aquellos encuentros hablaron tan pesadamente todos tres oydores contra el Presidente que con temor lo escrivo en esta a vuestra magestad pero como es justo que vuestra magestad conozca los sujetos y naturales de quien se sirve referire las palabras mas graves que cada uno dijo entre otras muchas = el dicho Antonio de Ovando dijo lo que a granjeado con este memorial es que en la corte se saco a plaza el afrenta que le hiço Juan de Texeda diçiendo por su nombre el genero della y que quatro testigos de vista della se hallaron en la corte. = don Jorje Manrique dijo el avito de su hijo, ni el ni sus desçendinetes no se le pondran en sus dias que bien enpatado esta = el liçenciado don Alonso Coronado dijo que no avia en este siglo hombre mas mentiroso ni de mas mala lengua. Yo les suplique con mucha cortesia no se hablase en aquel lugar de aquella manera contra persona semejante pues era nuestro Presidente. Esto se reçivio tan mal que me mandaron que callase que aquello no me tocava a mi ni podia estorvarles que hablasen lo que les pareçiese acavado este acuerdo fui a visitar al dicho licenciado Manso a donde halle que estava ya halla el dicho don Jorje el qual alli se yndigno tanto de que yo les fuese a la mano en hablar del Presidente y fueron tantas las voçes y el ruido que me dio sobre esto que alvoroto

trito de Panamá se libró de aquellos enredadores y díscolos magistrados el fiscal Suarez de Poago escribió al rey «*a quedado y queda la tierra y vecinos della como redimidos de cautiverio*»¹¹⁵

No fueron felices los últimos años de Don Sebastián. En 1631 llegó como visitador a Tierra Firme el Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de Guatemala, cuya comisión fue recibida con indisimulada reserva¹¹⁶, pues hacia más de cuarenta años que el distrito no había soportado semejante pesquisa¹¹⁷. La comisión removió las relaciones ya turbulentas que había entre las autoridades y los vecinos principales del istmo, cuyos rencores y pasiones eran añejos. Era evidente de que el presidente y los oidores y el fiscal la miraron con suspicacia ya desde el principio, y esta desconfianza subsistió hasta el final. En este momento, Ortiz Zapata, terminada la investigación de la audiencia, fijó los salarios de sus miembros –a Avilés, le señaló 2.600 pesos de a ocho reales¹¹⁸– y dictó treinta y cinco capítulos para su buen gobierno: establecía el criterio de distinción entre los asuntos de justicia y los de guerra o gobierno¹¹⁹, y hacia

la casa yo le deje y me fui a la mia por no perderme segun lo fuertemente que ocasiona con sus raçones y modos de hablar: =

Publico a sido en esta çiuudad aver dicho los dichos tres oydores que a puras pesadumbres avian de acavar al Presidente como le avia suçedido a su padre siendolo en otra visita de aquella no tengo notiçia pero desta y de lo que e visto en ella y por lo que arriva deço referido tan considerable y otras muchas causas que le dieron y en que le pusieron pues no paso acuerdo que no las ubiese y averse resuelto el dicho Presidente armarse de paçiencia, sufrimiento y reportaçion como siempre la tubo la mayor que pudo tener ministro de vuestra magestad que ocupase semejante lugar. Tengo por casi ynfalible despues de la voluntad del Señor averle quitado la vida tanto sufrimiento, y tan graves pesadumvres siendo todas y tocando tan el bivo de la honrra y reputaçion, de persona y officio y asi acavo con el dia de san Francisco a las tres de la tarde bien açeleradamente aunque con todos los sacramentos y gran conoçimiento de que se moria y con actos muy de christiano, y perdonando muy de coraçon a sus enemigos que tenia bien que perdonarles.»

¹¹⁵ AGI. Panamá, 16, R. 7, N. 78: Carta del Licenciado Suarez de Poago al rey Don Felipe III. Panamá, 25 de junio de 1615.

¹¹⁶ Se publicó la visita el 6 de noviembre de 1631 y comenzó la pesquisa secreta y a usar de las comisiones el 3 de diciembre siguiente.

AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 93: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Panamá, 13 de noviembre de 1632.

¹¹⁷ Al parecer la última visita de esta clase la había hecho el Licenciado Gonzalo Calderón, oidor de la audiencia de Los Charcas, en 1587.

AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 93: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Panamá, 13 de noviembre de 1632.

¹¹⁸ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 94. Auto del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de la audiencia de Guatemala y visitador general de Tierra Firme, del repartimiento de salarios del presidente, oidores y ministros de la audiencia de Panamá. Panamá, 13 de noviembre de 1632.

¹¹⁹ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 94. Auto del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de la audiencia de Guatemala y visitador general de Tierra Firme, con los capitulos para la de Panamá. Panamá, 12 de noviembre de 1632: «(Al margen: 5) *Otrosi aviendo alguna diferençia entre los señores Presidente e oydores sobre si el conoçimiento de alguna caussa toca a el dicho señor Presidente diciendo es de gobierno o guerra o a los señores alegando por su parte que es de justiçia los dichos señores guarden en esta rraçon lo que su magestad tiene dispuesto por las leyes çiento y treinta y tres y çiento y treinta y quatro del titulo catorçe del libro segundo de las leyes de las Yndias.*

severas advertencias para la concordia y el orden en el despacho y acuerdos, pues debían ser frecuentes los altercados y sobresaltos entre los jueces¹²⁰. Su notificación dio lugar a un nuevo enfrentamiento entre el visitador y el tribunal¹²¹.

(Al margen: 6) *Otrosi que aviendo declarado el señor Presidente las causas y negocios en que ay diferencia sobre si es de justicia o de guerra o gobierno entre el dicho señor Presidente y oydores aviendo apelado las partes para la Rreal audiencia los dichos señores Presidente e oydores della guarden en este capitulo la ley treinta y cinco y treinta y seis del titulo terçero libro quarto de las leyes de las Yndias.*

(Al margen: 7) *Otrossi que aviendo pronunçiado sentençias o autos ynterlocutorios los juezes offiçiales rreales en las caussas que ante ellos penden las partes apelen para la Rreal audiencia y no para el gobierno y se guarde la ley veinte titulo atorçe libro quarto de las leyes de las Yndias que disponen lo contenido en este capitulo».*

¹²⁰ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 94: Auto. Panamá, 12 de noviembre de 1632: «(Al margen: 2) *Otrosi que los dichos señores oydores no hablen rriñan ni reprehendan en la sala de la audiencia ni pidan nada en ella sin liçencia del señor Presidente o del señor oydor que presidiere que en haçerlo ansi se cumplira con la ceremonia y rrespecto devido y de lo contrario sera dar ocaasion a que los juezes declaren su boto y las partes los rrecusen y tengan por sospechosos.*

(Al margen: 3) *Otrosi que en los acuerdos no aya combersaçion sino que los señores que estubieren en el boten brevemente los pleitos como su magestad lo tiene mandado y sobre lo botado no se rreplique por ninguno de los señores que estubieren en el dicho acuerdo que con haçerse ansi se escussan yncombenientes.*

(Al margen: 4) *Otrosi que el señor fiscal ynforme primero en los pleitos fiscales si tubiere que en el acuerdo antes de botar y aviendo botado los juezes que fueren de la caussa no pueda rreplique.*

(Al margen: 9) *Otrossi que en los acuerdos se escussen parçialidades en el botar los pleytos y cada uno de los señores oydores bote en su lugar lo que fuese justicia sin atender a la amistad o enemistad que tubiesen con los litigantes y preçisamente se guarde el secreto de los acuerdos conforme a la ordenanza y ley rreal y so la pena della.*

(Al margen: 10) *Otrosi que el señor Presidente que es o fuere no atraviesse palabras y rraçones ni de motivo para que las aya antes de botar las caussas por los señores oydores ni estandolas botando ni despues de botadas antes los dexa botar libremente sin dar su boto y paresçer en caussa alguna».*

¹²¹ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 94: «En la ciudad de Panama en veinte y dos dias del mes de nobienvre de mill y sseiscientos y treynta y dos años yo el scrivano estando los señores presidente y oydores desta rreal audiencia en acuerdo rreal de justicia es asi aver su señoria del señor presidente don Alvaro de Quiñones Osorio los señores don SSebastián Albares de Abiles y Baldes doctor Juan Bautista de La Gasca doctor don Juan de Larreynaga Salaçar el licenciado don Juan de Albarado Bracamonte fiscal de su magestad ley e hize notorio el auto de susso todo el como en el sse contiene y oydo y entendido = dixeron que en quanto a la publicacion deste auto en la audiencia publica y ssala della como lo ordena el señor bisitador tiene yncombiniente y ansi sse le representta y en quanto a lo demas = dixeron que guardaran las leyes y ordenanzas rreales como asta aquí lo an hecho y daran quenta a su magestad en su rreal consejo de las Yndias de cada cossa en particular y en lo demas hablando con el rrespeto debido apelan para ante la rreal persona y señores de su rreal consejo de Yndias y para el ello pideron un treslado deste auto y de quasi lo dijern doy ffe y lo signe.

(Fdo.: Jeronimo Remon scrivano de su magestad)

En la çudad de Panama a los beynte y quatro dias del mes de novienbre de mill y sseiscientosy treynta y dos años el señor licenciado don Geronimo Ortiz Capata del consejo de su magestad y su oydor en la rreal audiencia de Gautimala bisitador general deste rreyno = abiendo bisto la rrespuesta dada por los señores Presidente y oydores desta rreal audiencia y la peticion por el señor licenciado don Juan de Albarado Bracamonte fiscal della = mando que los dichos señores guarden cumplan y executen el auto por su merced probeido y los capitulos contenidos en el ssegun y como sse les hiço notorio so la pena contenida en el y que se le de un treslado del al dicho señor fiscal para que pida su execuçion en lo que faltaren a su cumplimiento los dichos señores y que por agora sse lean en la audiencia publica los capitulos que tocan a los ministros de la dicha rreal audiencia para que benga a su noticia y los guarden ssegun y como en ellos se contiene y ansi lo probeyo y mando y firmo y que sin embargo de aver rremittido un treslado

Pero si en la pesquisa se evidenció la animadversión entre el visitador y los visitados también afloraron las divergencias entre los mismos miembros de la audiencia. Una de ellas fue la que se patentizó entre Don Sebastián y el fiscal Alvarado Bracamonte¹²². Y no es extraño que surgiera esta discrepancia,

deste auto y capitulos sse rremita otro a su magestad y señores de su rreal consejo de las Yndias con los autos probeydos y notificaciones echas.

(Fdo.: *El licenciado Don Jeronimo Hortiz Capata*)

Ante my (Fdo.: *Jerónimo Remon scrivano de su magestad*)

En la ciudad de Panama a veinte y cinco dias del mes de noviembre de mill y sseiscientos y treynta y dos años yo el scrivano hice notorio el auto de en contra a los señores presidente y oydores estando en acuerdo rreal de justicia los quales rrespondieron que que lo oyan y sse afirman en lo que tienen dicho y apelan de nuevo y protestan dar quenta dello a su magestad en su rreal consejo de Yndias para cuyo efeto mandaron a my el presente scrivano les de un traslado de los dichos autos para el dicho efeto de que doy fee =

(Fdo.: *Geronimo Remon*)

En la çiudad de Panama en veintey sseis dias del mes de nobienbre de mil y sseiscientos y treyntay dos años estando los señores presidente y oydores de la rreal audiencia y chancilleria que rreside en esta ziudad haciendo audiencia publica y scrivano de camara letrados y procuradores y portero ley en alta boz la caveza del auto destotraparte del señor bisitador de la dicha audiencia de doce de nobienbre deste año y quatro capitulos del dicho auto y el pie del de que doy ffee testigos don Juan Fernández de Ssoto scrivano de camara y Juan Fernández (Tachado: de Soto) Velasco presente = testado Soto.

(Fdo.: *Jerónimo Remon*) «

¹²² Esta disparidad de criterios se mostró claramente cuando los oidores panameños, Avilés, Meñaca, La Gasca y Larrinaga Salazar recomendaron al rey Felipe IV la persona del tesorero de Tierra Firme, Juan López de Cañizares, siendo este un enemigo irreconciliable de Alvarado Bracamonte sobre el que había dicho acusaciones gravísimas al monarca.

AGI. Panamá, 18, R. 4, N. 53: Carta de la audiencia de Panama, de los oidores Licenciados Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés y Juan Bautista de la Gasca y Doctores Don Miguel de Meñaca y Don Juan Bautista de Larrinaga Salazar, al rey Don Felipe IV. Panamá, 16 de noviembre de 1629: «*El tesorero Juan López de Cañizares a estado en opinión de ministro fiel y çeloso del real servicio, sin embargo de los pleitos que le a puesto el fiscal de esta audiència Licenciado Don Juan de Alvarado Bracamonte*».

AGI. Panamá, 34A, N. 74: Carta de Juan López de Cañizares, tesorero de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 24 de noviembre de 1626: «*...en particular enviando a visitar este reino, que ha quarenta años no se visita, que aunque esta es causa importantísima quien mas lo aprieta y pide es, el aver venido a el, por fiscal desta real audiència don Joan de Alvarado Bracamonte, que lo era de las yslas Filipinas en el entretanto, que en las dichas yslas se haçia averiguazion de los exçessos passion y escandalo con que en aquella tierra avia vivido, como mas largamente conste de vuestra rreal çedula, su ffecha en 19 de setiembre (Al margen: digo 19 de febrero) de 1619 años en que Vuestra Magestad dize esta enterado por cartas y testimonios de su proceder, y si allí fue tal que pidio remedio, y que se hiçiese averiguazion y vuestra magestad le mando venir a este rreino para que se enmendasse, en menos de dos años que esta en esta çiudad, la tiene inquieta y escandalizada, amistossa y enemistossamente por sus fines particulares, y codicia que es tan grande que como tengo avissado por diez testimonios, en los mas dellos aviendo de ser en favor y defensa de vuestra rreal hacienda, por ellos consta es contra ella, y contra vuestros officiales rreales, y en particular contra my y porque vuelvo por ella, y porque le contradije una paga del tiempo que estuvo en llegar de Filipinas a esta çiudad, que fueron çinco años y quatro meses que monto el salario 17 U pesos me ha rremovido muchos pleitos injustos, y inquietadome con muchas demonstraciones y amenazas de que ay grande notoriedad lo qual no hiçiera si yo hubiera querido dejar de emviar a Vuestra Majestad testimonio de la dicha causa y paga, y confederadome a su amistad y voluntad, que no he hecho por ser en daño de vuestra real hacienda y por que no vuelve por ella y para que emviar testimonios, se haze dueño de todos los auctos, en que consta y de donde se puede sacar, y no se los deja al secretario, y por pleyto ha intentado que no se nos de traslado a vuestros officiales rreales dellos, y en todo se toma la mano que quiere desautorizando vuestro tribunal en juntas y acuerdos en publico y en secreto, tanto que si Vuestra Magestad no lo remedia, no abra quien quiera servir estos offiçios porque lo libre en sus pala-*

habida cuenta el problemático carácter de este. Había sido con anterioridad fiscal de la audiencia de Manila, y allí fue el terror. Cuando marchó para extremo oriente viajó con un sequito principesco de veintidos parientes y criados, dispuesto a colocarlo ventajosamente; así lo hizo, y en su consecuencia las protestas fueron tan grandes ¹²³ que el rey lo trasladó, como castigo, a la fiscalía

bras, y descompuesto y en sus acciones y escritos, y haze amenazas si bien muchas son para atraer y hazer su negoçio, en particular con mercaderes y personas rricas de tratos y contratos y procurando ser compadre y padrino de bautismos y cassamientos, como lo fue de una hija de Pedro de Alarcon mercader de tienda publica que tiene mas de 400 U pesos de haçienda que cassa con Niculas de Guadalupe mercader que ba y viene en las armadas muy rico, y tambien intento serlo, de otra hija del capitán Baltasar Maldonado vezino desta çiudad y del mayor trato y contrato por mar y tierra (de todos generos) que ay en este reino y tiene mas de 300 U pesos de caudal, que cassa con otro mercader empleante en las armadas y flotas llamado Joan de Guevara, y ya que no pudo salir con ello, porque vuestro Pressidente le estorvo con vuestras reales çedulas, certifico de verdad que le vide yr con el tumulto de mercaderes y vecinos acompañando al despossado por la calle y a su cassa, y asistir en la sala donde estavan los despossados y su muger y luego salir y estar en el balcón con ellos viendo la carrera toda la tarde, y en un pleito que por la passion que tiene conmigo me tiene puesto rredarguyendome las fianzas que tengo dadas para el uso de mi offiço, siendo las mejores y mas abonadas y quantias de quantas se han dado, a hecho muy grandes demostraciones, y amenazas a los testigos de mi parte, y por cartas y otros rrecaudos y diligencias, que ningun ministro justo, y bien inteçionado en vuestro rreal serviçio hiçiere, y si yo fuere tan desocupado que pudiera atender a dar quenta de todo, fuera de muchas mas cossas, que sera possible otros la den y de lo mal que en los estrados trata a las partes abogados y ministros, sino es que sean portuguesses rricos y extranjeros que con estos en particular con Jorje Rrodríguez de Lisboa rreçetor de vuestras reales alcabalas, y Luis de la Espina, tiene muy estrechas correspondencias y amistades, y buelve por ellos en publico y en secreto como consta en autos que contra el dicho rreçetor se an hecho y contra el dicho Luis de la Espina, y es publico que no defiende ni buelve por vuestra real haçienda y no dado sino que Don Rrodrigo de Vivero vuestro Pressidente deste rreino dara aviso de todo, como a quien toca el darle, y el dar estos avra que son verdades que estan probadas, si como suele se sabe por aca quien los da, causan muy grandes inconvenientes, inquietudes venganzas, e injusticias, y asi mismo de saverse y de venir por aca las cartas resulta que no aya quien se atreva a darlos a vuestra magestad y el deçir esto, y hazer esta prevençion no es de miedo, ni porque deje de ser verdad lo referido y mucho mas sino por que Vuestra Magestad ponga el remedio que conviene con toda brevedad, y para que mande que se vea si no lo estuviere la visita que al dicho vuestro fiscal se le hizo en las Filipinas en que se vera como proçedio en ellas».

¹²³ AGI. Filipinas, 77, N. 40: Carta del cabildo eclesiástico de Manila al rey Don Felipe IV. Manila, 24 de julio de 1617: «La obligaçion que como leales bassallos y capellanes de Vuestra Magestad tenemos de darle quenta de los ministros que Vuestra Magestad tiene en esta su Rreal audiencia en partes tan rremotas y apartadas de su Rreal presençia nos muebe a darsela del fiscal Don Juan de Albarado Bracamonte el qual dejando de acudir a su principal offiço que es el servicio de Vuestra magestad y hazer guardar y cumplir sus rreales zedulas no atiende a mas de a sus particulares fines e yntereses y el de sus criados parientes y allegados y paniaguados procurandolos acomodar en oficios y aprovechamientos en que de ordinario los tiene ocupados estandole proveydo anssi por zedulas rreales como por la rreal hordenança de la audiencia que cada año se lle teniendo negoçiaciones con los gobernadores de manera que aviendo como ay en esta tierra muchos soldados benemeritos y que an servido a Vuestra Magestad muy pobres estan sin acomodar ni gratificar que es gran lastima y sus parientes estan acomodados porque aviendo cassado dos hermanas que les hizo dar como en dote una encomienda de dos mill yndios en que se puideran acomodar quatro soldados benemeritos y sin esto los a hecho a el uno rregidor y a el otro alcalde ordinario y al presente el uno destos çuñados que es el rregidor llamado don Fernando Zenteno queda usando el officio de general de las galeras sin esto otra sobrina que trajo consigo la cassa con un mercader y luego lo yzo rregidor y que fuese por almirante a la Nueva Spaña y atualmente le tiene acomodado en el alcaydia de Parian que le bale muchos ducados de aprovechamiento trujo el dicho fiscal el officio de protector de los sangleyes y desto haze que esta naçion le de un grueso salario como se lo dan demas del que Vuestra Magestad le da de su Rreal haçienda por el offiço de fiscal no puede ni es possible acudir a esta proteccion porque los sangleyes no tienen otros

de Panamá¹²⁴. Aunque él había pedido volver a la metrópoli, el Consejo lo último que deseaba era verlo, por eso lo dejó morir en mayo de 1637 en la insalubre Tierra Firme. El mismo había escrito: «*eme quedado sepultado en esta çienaga*»¹²⁵. Por eso la corte no le distinguió con otro nombre que con el despreciativo de *sujeto*¹²⁶. Pero si en Filipinas se había granjeado acérrimos enemigos, lo mismo le ocurrió en Panamá. Cuando el presidente Vibero, se enteró de que el rey lo enviaba como fiscal, quedó espantado, y escribió al monarca para evitar el nombramiento¹²⁷. Sin embargo no le faltaron, como en Filipinas,

pleytos que criminales y unos con otros y con los naturales de quien ansí mismo es protector y ansí no los puede ayudar y quando se les ofrezze negoçio çivil es ante los alcaldes ordinarios o el del Parian a donde no da peticiones por ellos y con esto no ban a el por ayuda solo le sirbe de que a titulo de protector los sangleyes le dan muchas dadibas por ser como son de su natural grandes cohechadores demas de lo qual señor tiene a los vecinos desta çidad atemorizados por ser libre en sus palabras tratandolos mal con ellas salese con todo quanto haze porque no ay quien le baya a la mano no da tan buen exemplo como quiere Vuestra magestad que den sus ministros por andar como anda ynquieto con una muger cassada con mucha publiçidad y escandalo sin que las justicias le puedan yr a la mano...».

¹²⁴ AGI. Filipinas, 20, R.13, N. 82: Decreto del Consejo de las Indias. S. I., 28 de enero de 1619: «*Escrivase carta al Governador de Philipinas remitiendole, el titulo de fiscal de la audiencia de Panama a que a sido pormovido don Juan de Alvarado Bracamonte que luego se le entregue en su mano y ordene que previamente se envarque en la primera ocaçion a servir aquella plaça, sin admitirle ninguna excusa para dejarla de aceptar ni detenerse, porque la que ha avido para promoverle no a sido acerle merced sino sacarle de aquella Provincia donde conforme a lo que se a entendido por cartas y relaciones que se tienen por çiertas y verdaderas no solamente a casado sus hermanas y enparentado con personas ynteresadas en aquella tierra sino procedido en las cossas del servicio de su majestad de la real hazienda y gobierno de la republica con tanto escandalo passion y cudiçia que a obligado a esta demostracion en el entretanto que conforme a lo que resultare de sus culpas se haze otra mayor conforme a justizia y asi en el titulo que se despachare no se a de decir que se le hace merced de la plaça por lo mucho y bien que a servido sino que su Majestad a tenido por bien de promoverle a ella por justas consideraciones de su servicio y adviertase al Governador que en entregandole el titulo no le deje entrar mas en el audiencia ni hussar su offizio en ninguna cosa de las que por raçon del le tocava y al señor Pedro de Ledesma se le abisse de las raçones que se han de poner en el (Rúbrica)*».

¹²⁵ AGI. Panamá, 18, R. 2, N. 32: Carta del Licenciado Juan de Alvarado Bracamonte, fiscal de la audiencia de Panamá. Panamá, 14 de julio de 1627: «*...tengo ya derecho adquirido para que vuestra merced me onrre, que aunque fui de los primeros que empeçe a volar como fue para rregiones de fuego, se consumieron las alas como las de Ycaro y eme quedado sepultado en esta çienaga incognito a todos los señores que oy están en ese consejo...*».

¹²⁶ AGI. Panamá, 19, R. 4, N. 41: Carta del Licenciado Luis de Ibarra, fiscal interino de la audiencia de Panama al rey Don Felipe IV. Panamá, 10 de julio de 1637: «*Con una de Vuestra Magestad de 6 de abril deste año dirigida al Licenciado Don Juan de Alvarado Bracamonte fiscal que fue de esta Rreal audiencia por cuya muerte estoy sirviendo por nonbramiento de la Rreal audiencia este ofiçio...*».

AGI. Panamá, 19, R. 4, N. 42: Carta de Don Enrique Enriquez de Sotomayor, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 15 de julio de 1637: «(Al margen: *La muerte del fiscal. El memorial para la recomendación de este sugeto en lo demas y a esta consulta de la plaza y se le dira en quien se proveyere*) *Don Juan de Alvarado Bracamonte fiscal que fue desta Rreal audiencia murio a (un espacio en blanco) de mayo deste año al cavo de seis meses de enfermedad en que nunca pudo acudir ni asistir a su ofiçio sirve su plaça en el interin el lizeuçiado Luis de Yvarra avogado desta Rreal audiencia merezedor por su virtud y letras de qualquiera merced que vuestra Magestad fuere servirle hazerle*».

¹²⁷ AGI. Panamá, 17, R. 8, N. 162: carta de Don Rodrigo de Vibero y Velasco, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 25 de noviembre de 1624: «*...tambien falta fiscal y para el estado que las cossas tienen fuera menester otro de mas aprovacion que Don Juan de Alvarado Bracamonte porque aseguro a vuestra magestad que en todos*

incondicionales que pedían a la corte su promoción, no se sabe si con ello querían acreditarle o tenerle cuanto más lejos mejor¹²⁸.

La trifulca entre Avilés y Alvarado Bracamonte se inscribía en una animadversión más amplia, la que existía entre, por un lado, el presidente Quiñones Osorio, el oidor Larrinaga Salazar y el fiscal, y por el otro, Don Sebastián y el aguacil mayor de Panamá Agustín Franco. El caso es que Alvarado recusó a Avilés en la causa judicial que en la audiencia se había presentado contra Franco, por el pago de ciertos dineros de un donativo que en los años 1621 y 1622 se había hecho al rey¹²⁹; y el visitador había aceptado la recusación¹³⁰.

los rreynos de las indias no ay parte donde mas sean menester hombres prudentes y cuerdos que en este passo donde si huviere yerros an de salir mas y mostrarse que en otra por la gran concurrencia destas mares donde siempre ay tanta gente que son linzes en la vista para notarlo todo».

¹²⁸ AGI. Panamá, 19, R. 1, N. 20: Carta de Don Sebastián Hurtado de Corcuera, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 29 de noviembre de 1634.

¹²⁹ AGI. Snta Fe, 57, N. 55: Querrela criminal de Agustín Franco, alguacil mayor de la ciudad de Panamá, contra Don Alvaro de Quiñones Osorio, gobernador y capitán general de Tierra Firme y presidente de la audiencia de Panamá, Don Juan de Larrinaga Salazar, oidor, y Don Juan de Alvarado Bracamonte, fiscal, en el mismo tribunal. Año 1634. Demanda criminal de Agustín Franco, alguacil mayor de la ciudad de Panamá: «(Al margen: 7) *Yen que tratandose cierto pleito ante los jueces oficiales rreales de la dicha audiencia sobre la cobrança de çiertos donativos que se avian hecho a vuestra magestad el año de seiscientos y veinte i uno = 622 = poniendo culpa a los alguaciles maiores de que no abian acudido como debian a ella y abiendo alegado sus defensa justas pues de sesenta mil pessos que monto el dicho donativo solo se abran dejado de cobrar asta novecientos patacones y estos los avian de pagar perssonas que avian muerto pobres, en los ospitales y otros se avian aussentado del reino y otros que no tenían con que pagar como de todo ello se avia dado ynformaçion con muchos testigos = el dicho presidente aboco en si la causa y de hecho sin tocalte a el el conocimiento de ella dio el mandamiento de execuçion contra el dicho Agustín Franco y sus bienes y se executo y hiço otras muchas molestias y bejaçiones costas y gastos y ultimamente abiendo apelado para la dicha rreal audiència el dicho Agustín Franco y estando pendiente (e)n ella la dicha causa tuvo traça y modo el dicho presidente para que fuesse juez de ella el dotor don Juan de Larreneiga Salazar oydor de la dicha audiència que por ser enemigo declarado el dicho Agustín Franco le tenia recusado para en todas sus caussas y pleitos estava declarado por tal recusado en ellos = y ansi mesmo porque conoçio y savia que el lizenziado don Sebastián Alvarez de Abiles y Baldes oydor mas antiguo hacia justicia en la dicha causa de los dichos donativos se confedero el dicho presidente con el fiscal don Juan de Albarado Vracamonte para rrecusar como rrecusso a el dicho oydor don Sebastián de Abiles diçiendo hera amigo del dicho Agustín Franco y para que tuviesse efeto la dicha rrecussaçion anduvieron buscando testigos solicitandolos valiendose de negros y negras y gente rruin y no hallando quien declarase lo que ellos querian el dicho presidente declaro como testigo y el dicho lizenziado Pedro Chacon su auditor y otros enemigos del dicho Agustín Franco con lo qual y con ser juez el dicho don Juan de Larreynaga oydor que estava declarado por rrecusado salio con su yntento de dar por recusado a el dicho lizenziado don Sebastián Alvarez de Avilés con lo qual binieron a conseguir ansi mesmo a hacer pagar a el dicho Agustín Franco lo que no debía aviendose causado en el proceder de la dicha causa conocidas nulidades y colusiones a ffin de seguir sus bengancas y pasiones particulares quel dicho presidente contra el dicho Agustín Franco procurandole destruir y aniquilar en quanto podía entremetiendose tambien a dar noticia en cosas que no podía ni debía ny por su oficio le tocaban en manera aguna y abiendo en los estrados rreales publicamete contra el dicho Agustín Franco todos sus pleitos y caussas con animo de que perezca su justicia».*

¹³⁰ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 90: Carta del Licenciado Don Juan de Alvarado Bracamonte, fiscal de la audiencia de Panamá. Panamá, 28 de octubre de 1632: «*Por causas justas de que di notiça a don Gerónimo Ortiz Capata nuestro visitador convenientes al servicio de Vuestra Magestad rrecuse al Lizenziado*

Cuando Don Sebastián había llegado a su destino trabó estrechísima amistad con este vecino de la ciudad de Panamá, que era el hombre más rico y poderoso del reino, y esta relación fue una de las causas de sus postreras desgracias, pues le hizo aparecer como un juez parcial y apasionado. Agustín Franco tenía una fortuna inmensa, herencia de su tía Catalina Rodríguez Franco, esposa del también alguacil mayor, Francisco Terrín, y gracias a su dinero y a sus empleos públicos ejercía un dominio indiscutible en el ayuntamiento de Panamá y en el distrito¹³¹. Aunque el presidente Don Francisco Valverde de Mercado lo consideraba «*hombre manso y blando, de buen trato y bien querido de todos*»¹³², el

Don Sevastian Álvarez y Avilés oydor desta Rreal audiencia por verle ynclinado en sus determinaciones y votos en los pleitos fiscales mas a las partes litigantes que a la justificación del Rreal fisco y en particular en los que seguía y siguo con Agustin Franco alguacil mayor desta ciudad por ser su yntimo y particular amigo con toda publiciçad provado las causas fue dado por rrecaudo y en lo demas no se pudo declarar por entonzes rrespeto de no aver otros testigos que los mismos oydores y los votos que a dado ser secretos en el acuerdo ase quejado por escrito ante el visitador desta rrecusaçion y pedido testimonio della y se los a mandado dar sin rreparar que de las rrecusaciones hechas a los pressidente y oydores no se da testimonio por lo mucho que ynporta se guarde en ellas presisamente secreto por los ynconbenientes que rresultarian de odio y enemistad si llegasse a saverse por los rrecusados los testigos que an depuesto con que se acobardaria y peligraria la justiaça de las partes por no aver quien por esta rrazon quisiese deponer contra ellos...».

¹³¹ AGI. Panamá, 16, R. 5, N. 62: Carta de Don Francisco Valverde de Mercado, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitán general de Tierra Firme al rey Don Felipe III. Panamá, 27 de junio de 1613: «*Rreçivi en Puertovelo la çedula para la composiçion de las tierras hiçela pregonar y hazer saver al cabildo y que se asentase en sus libros. El alguacil mayor desta çuidad Agusin Franco natural del Biso, de humilde naçimiento y de otras partes de que Vuestra Magestad sera informado heredo una grande haçienda porque se la a ydo dando una tia que heredo a su marido mas de doçientos mill ducados tiene mas tierras que los seis vezinos mas rricos deste Rreyno tiene la mayor parçialidad del cabildo por que lo tiene obligados entreteniendoles debitos grandes que le deben asi mismo a convocado otra mucha gente del pueblo para que contradigan la composiçion fundala en pobreza de los interesados por aver venido muy a menos este Rreyno con la rruin salida de mercaderías destes años no ay en el encomenderos, ni mas haçienda que rrequas y barcos atos de ganado pocos trapiches, rroca de maiz y aunque tengo por certisimo que a todos los de medianas haziedas y a muchos de los mayores les es gran remedio la composiçion para que los que heran señores de los demas con la mano poderosa con la Justicia y con el cabildo an hecho que suplique con las ocupaciones del despacho de la plata y dar quenta a Vuestra magestad del estado del Rreyno no se a podido tratar desto, en haçiendose la armada a la vela lo dispondre con la mayor suabildad que pudiere y yre dando quenta a Vuestra magestad*».

AGI. Panamá, 55, N. 37: Expediente de confirmación de oficio de depositario general de Panamá a Agustín Franco, vecino de esta ciudad, por nombramiento de Francisco Terrin, receptor del Santo Oficio, en quien había sido rematado. Panamá, 15 de octubre de 1597 – Madrid, 16 de julio de 1598; 55, N. 63: Expediente de confirmación de oficio de alguacil mayor de la ciudad de Panamá a Agustín Franco, vecino de esta localidad, oficio vacante por muerte de Francisco Terrín el 27 de abril de 1606. Panamá, 15 de julio de 1606 – Madrid, 16 de marzo de 1607; 30, N. 97: Carta del cabildo secular de la ciudad de Panamá al rey Don Felipe IV en la que comunica que ha nombrado su procurador a Agustín Franco, alguacil mayor de ella, y a la vez suplica sean escuchadas sus instancias. Panamá, 1 de julio de 1624; 35, N. 60: Carta de los oficiales reales de Tierra Firme al rey Don Felipe IV en la que le comunican, entre otros asuntos, la muerte de Agustín Franco, alguacil mayor de la ciudad de Panamá, y las diligencias que se han hecho sobre este oficio. Panamá, 1 de septiembre de 1643.

¹³² AGI. Panamá, 15, R. 7, N. 75: Carta de Don Francisco Valverde de Mercado, presidente de la audiencia de Panamá y gobernador y capitan general de Tierra Firme, al rey Don Felipe III. Panamá, 6 de agosto de 1606: «*Francisco Terrin alguacil mayor desta ciudad murio y por su muerte entro en su officio*

visitador de la audiencia, el Licenciado Don Juan Suarez de Ovalle pensaba muy de otra manera «*por ser hombre de la peor opinión en todo que debe aber en Yndias y no la menor causa de todas las rebueltas deste reyno*»¹³³. Franco era en realidad un converso y tal cualidad no debió sino aumentar escandalosamente su mala reputación¹³⁴. Pero fuere cual fuere su talante, lo que era verdad es que las autoridades reales ya hacia años que se venían quejando de él¹³⁵. Un hijastro

de depositario general desta ciudad que sirvió a Vuestra Majestad con 15 U pesos a plazos por la vara con calidad que se vendiesse su officio como el lo tenia y lo que diesen por el esso pagasse menos por el de alguacil mayor quitada la condiçion que solian tener de llevar a dos por 100 de derechos y rremitiendo una demanda que havia fundado, Agustin Franco que es la persona que entro en la vara es hombre manso y blando, de buen trato y bien querido de todos era depositario y rregidor y sobrino de la muger del muer-to alguacil mayor y rrico y assi me pareçio que estava bien en el, el acudira a pedir la confirmaçion siendo Vuestra Majestad servido se la podrá mandar».

¹³³ AGI. Panamá, 16, R. 7, N. 80: Carta del Licenciado Don Juan Suarez de Ovalle, fiscal del crimen de la audiencia de Mejico y visitador de la audiencia de Panama. Panamá, 4 de julio de 1615.

¹³⁴ AHN. Inquisición, 1185, exp. 24. Pruebas sobre la genealogía y limpieza de sangre de Agustín Franco, alguacil mayor y regidor de Panamá, para una familiatura del tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias. Toledo, 13 de octubre de 1611 – El Viso del marqués de Santa Cruz. 25 de febrero de 1611. Pruebas sobre la genealogía y limpieza de sangre de Agustín Franco, alguacil mayor y regidor de Panamá, para una familiatura del tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias. Toledo, 7 de agosto de 1625 – Madrid, 4 de junio de 1627.

¹³⁵ AGI. Panamá, 17, R. 2, N. 22: Carta del Licenciado Melchor Suarez de Poago, fiscal de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe III. Panamá, 22 de julio de 1618: «*Ansi mismo ba en el un testimonio a la letra, de otro pleyto executivo que e seguido contra un Agustin Franco alguacil mayor de esta çuidad por quantia de ocho mill duçientos y cinquenta pesos corrientes que debe mas de diez u onze años de resto de quinze mill, del preçio en que se remato en el el dicho officio de alguaçil mayor visto pareçio a esta real audiencia remitir su determinacion a ese real consejo con lo qual se a hecho mas que ordinario en quanto a la dilacion y lo fuera mucho mas si no ubiera ynstado apretadamente, se embiara en esta ocasion que no pienso que hiçe en conseguir esto segun es de poderoso y favoreçido este alguaçil mayor, con publica demonstraçion yo lo e seguido con el cuidado pusible por ser de cantidad de haçienda devida a vuestra magestad justissimamente a lo que e entendio, no se me a luçido en efecto el ba a donde sin escrupulo se ara entero cumplimiento de justia.*»; 17, R. 6, N. 93: Carta del Licenciado Hernando Ibañez de Albendea, oidor de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 1 de julio de 1622: «*Conforme a la ordenança 50 desta Rreal audiencia se deben rreber las quantas desta çuidad y esto se empieça por el oydor mas nuevo y aviendo yo tratado como tal de cumplir mi obligacion se altero Agustin Franco alguaçil mayor notablemente y se a estorvado ay fama que tiene la ciudad mucha cantidad de que dar quenta y que no la puede dar buena Vuestra Majestad provea lo que en eso mas combenga que yo no soy mas que un boto y el mio en esta propozicion no sirvio de nada...*»; 17, R. 7, N. 141: Carta de Francisco Carrasco del Saz, Licenciado Jerónimo de Herrera, Fernando Ibañez de Albendea y Juan de Burgos, oidores de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 8 de agosto de 1623: «*Por la informacion cuyo testimonio va con esta se confirma la justa queja que en este vuestro Rreal acuerdo se tiene del poco respeto que algunos de los veintiquatro desta ciudad guardan pues aviendoseles intimado a los veintiuno de julio pasado un auto proveydo en contradictorio juiçio en que se les manda que quando escrivieren a Vuestra Magestad o a vuestro real consejo de las Indias sea por aquerdo de toda la çuidad y que las cartas se lean y firmen en el cavildo con las contradicones que en el se hiçieren porque de todo se tenga noticia en vuestro consejo y se pueda mejor proveer lo que convenga y aviendo quedado consentido este auto por no se aver suplicado del en tiempo, Agustin Franco alguaçil mayor desta çuidad con la mano poderosa que tiene con muchos de los rejidores della se hiço nombrar por comisario para las que se ubieren de escrevir este año y aviendolas el escrito en su casa y dadas a firmar a los rejidores de su parcialidad y firmadas del y de un hijo suyo que tambien es rejidor las hiço autoriçar del escrivano de cavildo diçiendo que por mandado de la çuidad se avian escrito sin averlas visto la mayor parte del y rejidores della y contraviniendo al dicho auto todos ellos despacharon con el sello de la ciudad de que a avido*

de Franco¹³⁶ se había casado con una hija del consejero de Indias, Licenciado Alonso Pérez de Salazar, y hermana del fiscal y oidor de Panamá, del mismo nombre. Eran los Salazares gentes nobles y fidelísimos a la Corona: este último moriría congelado en una puna, cuando por cumplir con el rey iba a ejercer la presidencia de Los Charcas¹³⁷. Precisamente en 1635 Don Alvaro de Quiñones, ya exonerado de la presidencia de Panamá, capitularía su matrimonio con una dama de esta poderosa estirpe, Doña Juana de Salazar¹³⁸. El 17 de diciem-

mucha nota y sentimiento por el poco respeto que tiene a esta vuestra real audiencia y sus mandados dase cuenta a Vuestra Majestad para que se sirva proveer de remedio para lo de adelante sin embargo de que por la presente esta real audiencia hara lo que convenga para la ejecucion de la real justiciá...».

¹³⁶ Veanse documentos citados en las notas 140 y 141. Agustín Franco había casado al menos dos veces, una con Doña Francisca de Lara, que estaba viuda de Fernando Nuñez de Silva, vecino de Panamá, y la otra con Doña Francisca de Cifuentes y Balbasi. Doña Francisca en sus primeras nupcias había tenido a Don Fernando de Silva, que contrajo matrimonio con Doña Antonia de Salazar, hermana del Licenciado Don Alonso Pérez de Salazar.

AHN. Inquisición, 1185, exp. 24: Pruebas sobre la genealogía y limpieza de sangre de Doña Francisca de Lara, mujer de Agustín Franco, alguacil mayor de Panamá. Toledo, 13 de octubre – Madrid, 3 de diciembre de 1611. Pruebas sobre la genealogía y limpieza de sangre de Doña Francisca de Lara, mujer de Agustín Franco, alguacil mayor de Panamá. Cartagena de Indias, 19 de noviembre de 1612 – Panamá, 20 de febrero de 1613.

AGI. Contratación, 248B, N. 1, R. 13: Autos sobre los bienes de Juan de Rosales, difunto, a instancia del Licenciado Alonso Pérez de Salazar, del Consejo de las Indias, su cuñado. Sevilla, 17 de octubre de 1596; 252, N. 1, R. 10: Autos sobre los bienes de Juan de Rosales, difunto, a instancia del Licenciado Alonso Pérez de Salazar, fiscal de la audiencia de Panamá, por sí y como tutor y curador de sus hermanos, Don Ordoño, Doña Alfonsa y Doña Antonia de Salazar, hijos todos del Licenciado Alonso Pérez de Salazar, difunto, del Consejo de las Indias, todos aquellos sobrinos de Juan de Rosales. Sevilla, 9 de junio de 1598.

AGI. Contratación, 5401, N. 56. Información para la licencia de pasar a las Indias de Agustín Franco, alguacil mayor de Panamá, su mujer Doña Francisca de Cifuentes y Balbasi, su hijo Don Francisco y tres criados. Sevilla, 27-28 de abril de 1628; 5402, N. 1: Información para pasar a las Indias Don Tristán Franco de Silva, natural de Panamá, su mujer Doña Juana Pimentel y Quesada, su hermano, Francisco Franco y una criada. Sevilla, 12 de abril de 1628.

¹³⁷ AGI. Indiferente, 122, N. 43: Extracto de una información de oficio sobre los méritos y servicios del Licenciado Don Francisco Pérez de Salazar, y los de su padre Licenciado Alonso Pérez de Salazar, y de su abuelo paterno, Licenciado Alonso Pérez de Salazar. Madrid, 23 de julio de 1668: «*El Licenciado Don Alonso Pérez de Salazar su padre sirvió a Su Majestad en las Indias en plazas de Audiencia mas de treinta y cinco años continuos habiendo sido la primera que ocupó la de oydor de la de Panama en que estuvo desde el año de 1597 hasta el de 609 que fue promovido a plaza de los Charcas donde asistió 20 años haciendo servicios muy particulares en beneficio y aumento de la real Hazienda y de ella fue promovido el de 629 a plaza de oydor de Lima, y estando exerciendo le hizo su Magestad merced de la Presidencia de la Audiencia de Guadalaxara y habiendose escusado de acetarla se le dio el año de 636 la plaza de Presidente de la Audiencia Real de la Ciudad de San Francisco en la provincia de Quito en que sirvió hasta que fue promovido a la Presidencia de los Charcas y habiendose despachado su título en 27 de Mayo de 640 se le ordeno por cedula de 14 del mismo mes pasase luego a servir la dicha plaza sin ninguna dilacion por combenir así para la quietud y sosiego de aquella Provincia encargandosele con todo aprieto, y sin embargo de su crecida hedad puso en execucion su viage y murió en el en una puna elado por no faltar, a obedecer la dicha orden».*

¹³⁸ AGI. Guatemala, 16, R. 7, N. 46: Escritura otorgada por el capitán Celedón de Santiago, vecino de Panamá, en nombre de Don Alvaro de Quiñones Osorio, caballero de la Orden de Santiago, señor de Lorenzana, valle de Ríazo y Coladilla, gentilhombre de la boca de Su Majestad, y de su Consejo de Hacienda y de su Contaduría mayor, presidente de la audiencia de Guatemala y capitán general de este distrito, y por Don Ordoño de Salazar y por su mujer Doña Vitorina de Salinas y Zuñiga, vecinos de Panamá, mediante la cual,

bre de 1606, a la noche, víspera de Nuestra Señora de la O, cuando Panamá se preparaba a conmemorar la victoria contra los tiranos Contreras, Juan Mendez de Vasconcelos, sobrino del gobernador de Veragua, López de Sequeira, recibió una puñalada en la cara¹³⁹. En el incidente resultaron complicados el oidor Zambrano y el fiscal Salazar. El delito evidenció la agria enemistad entre este y su compañero Don Alonso Coronado: «*estavan dissimuladas brassas encendidas de rencor cubiertas de cenizas de dissimulacion entre el licenciado Don Alonso Coronado, y el licenciado Don Alonso Perez de Salazar*», reconocía el presidente Valverde¹⁴⁰. En este trance Franco también se vió inmerso pues a su

el primero recibe y da carta de pago de la dote de cincuenta mi pesos que estos le dan para que Don Alvaro contraiga matrimonio con Doña Juana de Salazar y Zuñiga, hija de estos. Panamá, 19 de octubre de 1635.

¹³⁹ AGI. Panamá, 15, R. 8, N. 79: Carta de Don Francisco de Valverde Mercado, gobernador y capitán general de Tierra Firme y presidente de la audiencia de Panamá. Panamá, 25 de junio de 1607: «*A 17 de diciembre las 10 de la noche, víspera de nuestra Señora de la O, que en esta ciudad es muy solene por la fiesta que se haze a una bitoria que se tubo contra los tiranos Contreras se dio una cuchillada por la cara a Joan Mendez Basconzelos natural de Tavira en el Algarve sobrino que dice ser de Juan López de Sequeira governador que fue de Veragua y aviendo llegado el aguaçil mayor desta çiudad con un escrivano a querer tomar noticia del de quien le avia herido para yr averiguandolo no quiso darsela porque el avia ymiado a llamar*».

¹⁴⁰ AGI. Panamá, 16, R. 1, N. 4: Carta de Don Francisco de Valverde Mercado, gobernador y capitán general de Tierra Firme, y presidente de la audiencia de Panamá. Panamá, 23 de mayo de 1609: «*Estavan dissimuladas brassas encendidas de rencor cubiertas de dissimulación entre el Licenciado don Alonso Coronado, y el licenciado Don Alonso Perez de Salazar oidores desta audiencia, porque los licenciados Coronado y Mercado procedieron en una cuchillada que aquí se dio en el rostro a Juan Mendez de Basconzelos contra el Licenciado Zambrano y don Alonso de Salazar y despues contra Don Hordoño de Salazar, tirando siempre a que era negocio de los dos hermanos. En esto parece que no mostraron la limpieza de animo que fuera razon, de que a Don Alonso de Salazar le ha quedado sentimiento, acrecentosele assi mismo con unos pleitos que tiene en esta audiencia doña Antonia de Salazar su hermana con algunos vezinos sobre una fiança de la tutela de don Fernando de Silva su marido difunto, y pasan adelante con parecerle que ciertos capitulos que contra Don Alonso de Salazar se pusieron en su residencia, de que le dio por libre el juez, los fomento y alento un hijo de Don Alonso de Coronado, y aunque la masedumbre de Don Alonso de Salazar avia dissimulado esto bien sobre una soltura de un portugués Jorge Rrodriguez de Lisboa que don Alonso de Coronado hizo estando solo en la audiencia, por mi ausencia en Puertovelo, y enfermedad de Don Alonso de Salazar, a quien estava cometida por el audiencia la causa de Jorge Rrodriguez para que la fulminasse, y aviendo dado don Alonso de Salazar mandamiento de prission contra el Jorge Rrodriguez y consultado con el acuerdo donde yo me halle, y don Alonso Coronado, de averle soltado solo, sintio agravio y falta de estimacion, de respecto y decoro = Don Alonso de Salazar, lo volvió a prender para tomarle confession, y aviendo dado peticion en el acuerdo Jorge Rrodriguez y aviendose mandado traer los autos para por la mañana en el acuerdo, acavado de salir del proveyo auto Don Alonso Coronado, de soltura y fue a la carcel y lo echo della; dieronne aviso a Puertovelo, vi los autos, y para componerlos por estar ocupado viendo con el ingeniero Cristoval Rroda lo que se avia de azer en aquellos castillos para el remate dellos, como Vuestra Majestad me lo tenia mandado y como el trabajo y costa del camino es grande por escusar la dilacion de resolucion tan importante como la de los castillos, me parescio ofrecerles medio con que quedassen entrambos descontentados, y aunque lo acepto don Alonso de Salazar, porque ressuitava del bolverse a prender Jorge Rrodriguez de Lisboa no bino en el don Alonso Coronado, y desseosso de escusar diferencias que me obligasen a alguna publica demostracion aunque estava con resolucion de esperar los galeones, el dia que ressolvi lo que toco a fortificaciones me parti luego, y aunque despues que llegue compuse este disgusto con medio razonable, los pechos están muy diferentes de lo que combiene que aya en un Audiencia*».

alto valimiento y a su relación familiar con los Salazares, se atribuía la posible impunidad de los delincuentes¹⁴¹.

Don Sebastián debió caer más o menos incautamente en las redes del prepotente alguacil, acostumbrado a manejar a su gusto a los jueces. El visitador Ovalle decía «*siempre tiene oydores de su mano que le favorecen porque biben en casas suyas*»¹⁴². Y en una carta escrita aproximadamente entre 1633 y 1635 se le acusa a él y a Don Alonso Coronado, de pleitistas impenitentes: «*En esta ciudad ay muchos hombres de malas yntenziones y que continuamente zensuran el gobierno y despacho de los presidentes y audiencia y en particular Don Alonso Coronado y Agustin Franco alguacil mayor desta çiuudad que solamente para sus pleytos ynjustos y cavilossos es menester no solamente una audiencia sino un consejo doy aviso dello para que se probea lo que convenga y se excusasen las ynquietudes que caussan en esta Rrepublica*»¹⁴³.

Así pues en este ambiente de parcialidades y añejas heridas había llegado Ortiz Zapata a visitar Tierra Firme.

Aunque Don Sebastián cooperó con Ortiz Zapata para el buen curso de la pesquisa¹⁴⁴, pronto se evidenciaron las discrepancias¹⁴⁵, de tal manera que con

¹⁴¹ AGI. Panamá, 15, R. 8, N. 80: Carta de los licenciados Don Alonso Coronado y Juan Fernández de Mercado al rey Don Felipe III. Panamá 25 de junio de 1607: «(Al margen: *Juntesse esta carta con los demas papeles que tratan deste negoçio* {Rúbrica}) *A 17 de dziembre víspera de la expectación a las nueve de la noche dieron en esta çiuudad por la cara a Juan Mendez de Vasconçelos portugués el qual en sus declaracione culpo al licenciado Alvaro Zambrano oidor y al licenciado Alonso Perez de Salazar fiscal de esta Audiencia, y a Don Ordoño de Salazar su hermano. Nosotros (a cuió cargo quedo esto) por Audiencia avemos hecho sobre ello las averiguaciones que ha permitido el estar los indiciados en sus offiçios y la amistad que el Presidente profesa con ellos demas de que el fiscal esta muy enparentado en esta çiuudad, por aver casado una hermana suia con un entenado del Alguaçil maior della. En quanto al Oidor Zambrano el Presidente con los Alcaldes ordinarios proçedio conforme a la ordenança, y se entiede que no fue culpado en esto, quedan pressos el hermano del fiscal y dos allegados suios y una esclava de su hermana. La Audiencia (tomadas las confesiones a los presos) hizo notificar por primera y segunda jusion al herido, que les pudiese acusacion y pidiese lo que le conviniese, y por no lo haçer, se nombro a un abogado por fiscal de esta causa y porque entendemos que la parte va en estos galeones con intento de querellarse ante Vuestra majestad y que lleva testimonio de lo autuado, nos parecio deviamos dar quenta a Vuestra majestad de lo que sobre ello se ha hecho y del estado en que queda. Vuestra majestad mandara proveer lo que mas a su rreal servicio conviniere».*

¹⁴² AGI. Panama, 16, R. 7, N. 80: Carta del Licenciado Don Juan Suarez de Ovalle, fiscal del crimen de la audiencia de Mejico y visitador de la audiencia de Panamá. Panamá, 4 de julio de 1615.

¹⁴³ AGI. Santa Fe, 40, R. 4, N. 95: Carta de un consultor del Santo Oficio. S.I., Panama, 1633-1635.

¹⁴⁴ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 93: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de la audiencia de Guatemala, y visitador general de Tierra Firme. Panamá, 13 de noviembre de 1632: «*Por zedula de vuestra magestad se me mando cobrase lo que deviesen a vuestra rreal hacienda en virtud de ella e cobrado a manta de las condenaciones que devian los vezinos deste reyno de las executorias que me entrego Don Sevastian de Valdés oidor de vuestra audiencia lo que remito en esta ocasión rejistrado menos costas*».

¹⁴⁵ AGI. Panamá, 18, R. 6, N. 81: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata, oidor de la audiencia de Guatemala y visitador general de Tierra Firme al rey Don Felipe IV. Panamá, 17 de noviembre de 1631: «*Con la poca salud que Dios me a dado y la muerte de Doña Ursola mi muger*

brevedad se convirtieron en enemigos encarnizados. En la inspección se manifestaron «*muchas quejas*» y graves cargos contra él¹⁴⁶ y contra su amigo Franco, enemigo acérrimo del presidente Quiñones Osorio¹⁴⁷. A Avilés se le

tarde em publicar la visita quinze dias hicosse la publicaçion a seis de este mes y hasta oy tengo recojidos parte de los papeles necesarios para ella anse visitado la caja real y arcas de difuntos y los demas depositos que ay en esta ciudad que toquen a las zedulas que Vuestra magestad me cometio en el arca de difuntos e hallado 15 U 906 pesos de a ocho reales y quatro barras y una plancha de plata que pesaron 471 marcos ame parecido descuydo de el juez de difuntos de no averlos ymbiado con la demas cantidad sobre remitirlos hize junta de los licenciados Don Sevastian Alvarez de Valdés y Avilés juez y don Joan de Alvarado Bracamonte fiscal de esta audiencia y Don Pedro Ranjel scrivano de camara llaveros de la dicha arca y conferido si se ymbiarian o no en una fragata a Cartajena para entregarlos a quien diese quenta de ellos en las cassas de la contratacion de Sevilla me parezio no cons(i)gnar la dicha plata en fragata sin prevencion de defenssa para lo que se podria ofrezzer y tambien que yba dudossa de hallar la flota en Cartajena por estar el tiempo tan adelante y ansi se quedo en el arca y de el dicho Don Pedro Rranjel tome la llave para que el dicho dinero estubiesse siempre en ser».

¹⁴⁶ AGI. Panamá, 19, R. 1, N. 1: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Isla de Santa María de las Terceras, 20 de enero de 1634: «*Muchas quejasa Vuestra Magestad...de mi.... Don Sebastián de Valdés oydor mas antiguo de esta audiencia y para que se tenga... quanto la... en vuestro consejo me parecio advertirlas en esta ocasión = Por parte de Don Alonso de Silva presento en mi audiencia demanda de mal juzgado de una sentencia que pronuncio contra el dicho Don Alonso de Silva y a favor de Agustin Franco el dicho Don Sebastián de Valdés y el Doctor Don Miguel de Meñaca que los dos hicieron sentençia en...siendo boto contrario el licenciado Joan Baptista de la Gasca con...el pleyto de demanda pro...sentençia en que ordene a los dichos dos oydores en el... de la parte...vuestra magestad...la justificacion de mi ssentençia y la pasion conoçida de los dichos oydores =...resultan culpado el dicho Don Sebastián de Valdés en la liga y conspiracion que se tubo contra mi por algunos vecinos desta ciudad con Manuel Rrodríguez scrivano que fue de la visita pretendiendo ympedir las me pareçio...del conocimiento de las causas que podrian ofrezzerse a las personas de mi familia conforme a esto provey auto para que no conociese de ninguna de ellas...proveydo otro en que mandava se abstuviese de ser juez en las causas de los dichos Agustin Franco y Manuel Rodríguez por aver conocido en el dicho Don Sevastian conoçida pasion y animo vengativo a que lo juzgo mas ynclinado que a obrar en justicia a sentido mucho lo represente a Vuestra Majestad la justificacion de los autos proveydos constara de los cargos que hize al dicho Don Sevastian y del sumario del pleito de los capitulos de Manuel Rodríguez la liga y conspiracion que tubo con los demas la pasion de su señoria contra Don Alonso de Silva a favor de el dicho Agustin Franco del pleito...a vuestro Rreal consejo».*

¹⁴⁷ AGI. Panama, 18, R. 7, N. 93: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Panamá, 13 de noviembre de 1632: «*Entre los testigos que vuestro Presidente tacho fue Agustin Franco por enemigo capital suio y aver escrito contra el dos cartas que presento con la peticion de tachas para prueba de la que le ponía pretendio despues le prendiese y castigasse como consta de las peticiones que estan en las causas de arriba pareciome no proceder en esta caussa a mas que a comprobar las cartas como lo hize por averse presentado solo para prueba de la enemiga que tenia dicho Agustin Franco con vuestra magestad el casso y las cartas que bera que son libelos ynfamatorios en este tiempo dicho presidente hizo caveza de processo contra el susodicho porque en tiempo de el conde de el Valle dijo avia quebrantado la clausura de el combento de monjas de esta ciudad y matado una negra criolla porque no declarase averle visto salir de el combento juzgue a pasion lo que podia obrar en esta caussa dicho Presidente y asi me parecio quitarsela y orijinalmente remitolo a vuestra magestad quedando en mi poder un traslado con el de la vesita porque atendiendo a el onor de el combento castigue vuestra magestad la culpa de este hombre si lo mereciese sin que ... por esta caussa pues en la culpa de las cartas ay paño bastante para hacerle exemplar en su persona por ser de los que acostumbran a escrevir y persuadir a otros que escriven de nuestros ministros en descredito suyo como parezera de las cartas que remite y dize el capitulo quinze.»*

AGI. Panamá, 19, R. 1, N. 1: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Panamá, 20 de enero de 1634.

atribuía sentencia injusta en la causa entre Franco y Don Alonso de Silva. También se le incluía en la conspiración que varios vecinos de Panamá habían fraguado contra el visitador, según este mismo escribía, y en ella estaban Manuel Rodríguez de Velasco, Agustín Franco, Don Alonso Coronado, Baltasar Maldonado, Juan de Guevara su yerno¹⁴⁸, y Francisco Almonte¹⁴⁹.

Rodríguez de Velasco, escribano de la visita, nada tenía que ver con Tierra Firme, pero en el ejercicio de su oficio había terminado por indisponerse con el comisario regio. Ortiz Zapata lo exoneró del empleo y lo encarceló, acusándolo de violar el sigilo y de exparcir libelos infamantes contra él. Con sus huesos en la cárcel, y cuando el visitador le llamó para testificar, se negó en redondo, amenazó con un cuchillo carnicero al alguacil Diego Morillo, le negó la jurisdicción, se escudó en la de la audiencia, y apeló a Don Sebastián: «*dio grandes boces el dicho Manuel Rrodríguez llamando y pidiendo favor al señor llicenciado don Sebastián de Baldes oydor desta rreal audiencia*». Era indiscutible que se había producido una connivencia, en la participaba Avilés, contra el visitador.

Pero aparte de estas incriminaciones a Avilés también le hicieron otras más menudas como la de haber recibido de los mercaderes un jarro de plata. Don Sebastián se defendió de lo que juzgaba ser una calumnia y escribió al rey Felipe IV el 28 de octubre de 1632 acusando de parcialidad al visitador, rogando la práctica de pruebas veraces y recordando sus servicios y los de su padre¹⁵⁰.

¹⁴⁸ AGI. Panamá, 18, R. 6, N. 77: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, gobernador y capitán general de Tierra Firme y presidente de la audiencia de Panamá: Panmá, 23 de septiembre de 1631: «*Joan de Guevara capitán del numero desta ciudad, a sido en ella alcalde ordinario, hombre noble, pratico e intelligente, tendra de caudal, cinquenta mill pesos.*»

¹⁴⁹ AGI. Panamá, 19, R. 1. N. 1: Carta del Licenciado Don Jerónimo Ortiz Zapata al rey Don Felipe IV. Panamá, 20 de enero de 1634. El estado material de este documento no permite una transcripción exacta de los cargos.

¹⁵⁰ AGI. Panamá, 18, R. 7, N. 86 : Carta del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés, oidor de la audiencia de Panamá, al rey Don Felipe IV. Panmá, 28 de octubre de 1632: «*Desde que estoy en esta audiencia e servido a Vuestra Magestad con aprovacion y aplauso de todo este Rreyno cumpliendo con las obligaciones de asturiano noble y con las que erede del general Juan Álvarez de Avilés mi padre que sirvio mientras vivio continuamente navegando y peleando asta que murio por la ffee y por Vuestra magetsad echo pedaços en el estrecho de Gibraltar con la demostracion y valor que es notorio cuyos grandes servicios oy estan sin premio, y a immitacion suya e administrado justicia con la rrectitud y limpieça quwe qualquier otro de los mejopres ministros que sirven a Vuestra Magestad lo açe procurando merecer no solo la plaça de oydor sino una presidencia y por estas causas estoy tan pobre y con emulos poderosos por defender la justicia y que no se gasta la Rreal açienda los quales en esta visita an procurado quitarme la rreputacion quiça por ser mas afectos al visitador, tocandome en lo que mas me preçio que es en la limpieça de mi oficio echando algun testigo falso que dijo que los mercaderes que binieron en el año pasado en la almiranta que se perdio en el mar del sur me avian dado una fuente de plata, como a Vuestra Mgestad dara cuenta el visitador, el qual sin inquiriera como debia la verdad con rrepreguntas, ubiera sabido con claridad en limpio ni limpieça, y sabidose a quien dieron, o no, los meracderes no dejando en duda con Vuestra Magestad mi rreputacion que es olo el maiorazgo que erede para poder vivir por lo qual a Vuestra Magestad supplico mande que dos oydores de los de mas satisfaccion uno de Sebilla aga pesquisa con los mercaderes que binieron en la almiranta que estan casi todos en aquella çidad*

Su muerte debió privarle de seguir en su exculpación. Quien no se quedó quieto fue el alguacil mayor, cuyas quejas no habían sido atendidas por el visitador y que recurrió ante el Consejo de Indias contra Don Alvaro de Quiñones, el oidor Larrínaga y el fiscal Alvarado. En suma la visita había sido una auténtica plaga bíblica sobre aquel país taladrado ya de antiguo por toda clase de intereses y arrebatos. Las cartas y memoriales cayeron como un diluvio sobre el Consejo de las Indias, y algo de razón debían tener al inculpar a Ortiz Zapata de cohecho y de atender fraudulentamente a sus intereses particulares. El rey mandó primero a Don Juan de Lizarazu, recién nombrado presidente de la audiencia de La Plata, para que extrajudicialmente se informase de las protestas; y con el informe favorable del fiscal del Consejo, el Licenciado Don Cristóbal de Moscoso, comisionó a Don Pedro González de Güemes de la Mora, elegido oidor de Chile, el 7 de abril de 1634, para que realizara pesquisa formal¹⁵¹. Entre los reclamantes estaban el escribano Rodríguez de Velasco.

apremiandoles que digan, a quien dieron y que la misma diligencia aga otro en Lima con los demás mercaderes y el primero que biniere proveído para allí la aga en esta çiuudad tan apretada como el caso requiere, para que se conozca el buen ministro, y aya castigo, y premio y si yo fuere culpado en cosa semejante, no sera rrigor en mi que del pellejo se aga silla para que se asienten otros ministros y si no sea yo premiado conforme e servido e servido y sirvo, castigando exemplarmente testigos falsos y a quien los inducio, y asta tanto, no me atrevere a suplicar A Vuestra Magestad me aga merced de mayor puesto ni es rraçon».

¹⁵¹ AGI. Panamá, 229, L. 3: *De oficio. Tierra Firme. Desde 13 de Septiembre de 1627 hasta 22 de Diciembre de 1647*, fol. 72 vto. – 74: «*El Rey. Dotor don Pedro Gonçales (Entre lineas: Guemes) de la Mora aqui en he proveído por mi oydor de mi audiencia Rreal de la ciudad de Santiago de la provincia de Chile haviendose visto en mi Consejo Rreal de las Indias diez cartas que me an escrito las tres el dotor Francisco Antonio Furcio dos Manuel Rrodríguez de Velasco y las cinco Don Pedro RrÁngel don Cristoval de Armenteros, Don Antonio de Escovar Alonso Fernández del Valle y Luis Rrodríguez de Olvera para que me diesen quenta del proceder que tuvo el licenciado Don Geronimo Ortiz Capata en el uso de la comision que le di para visitar mi audiencia Rreal de la ciudad de Panama de la provincia de Tiera Firme y oficiales de mi real hacienda della cohechos que recibio y yntiligencia de que se a valido para grangerias particulares resolvi se hiciesen lad diligencias estrajudiciales sin llegar a escribir que fuesen menester para saber la verdad y porque despues aca se a tenido carta del Licenciado don Juan de Liçarasu presidente de mi audienbcia Rreal de la ciudad de la Plata en que me dice las diligencias que yço en la forma referida en virtud de la orden que se le dio para que al pasar por Panama y Portovelo se informase del modo con que proçedio el dicho visitador asi con los visitados como son su escrivano ofiçiales personas y vecinos particulares de aquellas çiuudades y que de lo que allase enbiase rrelacion por si hubiese de proceder ha aberiguacion judicial y cunpliendo con esta orden diçe en la dicha carta todo lo que en la dicha racon pudo justificar = y aviendose visto por los de mi consejo Rreal de las Indias con lo que cerca dello dijo y pidio el licenciado Don Cristoval de Moscoso mi fiscal en el se a tenido por conveniente y necesario se deve proceder en el caso judicialmente y asi fiando de buestra persona que aveis en ello todo lo neçesario de suerte que se aberigüe la verdad he tenido por vien de elejiros y nombraros para la aberiguacion de todo lo referido y de ordenaros y mandaros como lo ago que aviendo visto las cartas referidas asi la del dicho Don Juan de Liçarasu como las demás y los memoriales que se an dado contra el dicho visitador que tanvien se os entregaran con esta al pasar por la dicha çiuudades de Portovelo y Panama averigüeis por proçeso informatorio el proçedimiento que tubo el dicho don Jeronimo Ortiz Capata en la dicha visita cohechos que reçivio yntelijencias de que se valio para grangerias particulares y todas las demás cosas en que se excedio de lo que devio haçer en cunplimiento de su obligacion y de lo que tenia a su cargo examinando las personas que de los dichos excesos i desordenes entendieredes tienen noticia en*

En el ayuntamiento panameño la desazón era tan grande que escribió al rey «A quedado esta çiuudad despues de la visita del Licenciado Don Geronimo Hortiz Capata tan molestada y los veçinos tan bejados que xamas se ha visto con tanto menoscavo y estrechez»¹⁵². El encargo de Güemes satisfizo a los panameños, y así el cabildo seglar manifestó al rey su gratitud¹⁵³, y recomendó al escribano Pedro Rangel, enemigo de Ortiz Zapata¹⁵⁴ y al también conspirador don Alonso de Coronado y Ulloa¹⁵⁵. En todo ello se adivina la sombra del todopoderoso Agustín Franco.

forma conbeniente para la justificacion de la verdad que se pretende aberiguar a las quales de qualquier condicion y calidad que sean mando vayan y parescan ante vos y digan sus dichos y dipusiones a los tiempos y placos que le señalaredes so las penas que de mi parte les possieredes las quales executareis en los que remisos y enobedientes fueren que para todo ello y lo a ello anejo y dependiente os doy poder y comision en forma y hecha la dicha aberiguacion çerrada y sellada me la inbiareis a manos de mi infraescrito secretario que asi es mi voluntad y conviene a mi servicio fecha en Madrid a siete de abril de mill y seiscientos y treinta y quatro años Yo el Rrey por mandado del Rrey nuestro señor Don Fernando Ruiz de Contreras señalada de los del Consejo (Rúbrica).

¹⁵² AGI. Panamá, 31, N. 31: Carta del cabildo secular de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 30 de julio de 1635.

¹⁵³ AGI. Panamá, 31, N. 30: Carta del cabildo catedral de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, noviembre de 1634: «Justamente nos tiene alegres a todos los deste Rreyno y en particular a los que aqui firmamos la merçed y favor que de Vuestra Magestad avemos reçivido en dolerse de nuestro desconsuelo, y de los agravios que nos hiçieron, el Presidente Don Alvaro de Quiñones y el Liçenziado Don Geronimo Hortiz Çapata que vino a visitar esta Rreal audiència y en aver cometido la averiguacion de sus exçessos al Doctor Don Pedro Güelmes de la Mora oydor de la Rreal audiència de Chile, que pareçe fue elecçion de la divina mano, porque çertificamos a Vuestra Magestad a procedido en su comission con toda limpieça, entereça verdad, y prudencia, como cristiano ministro, y criado de Vuestra Magestad que era bien menester, para el miserable estado en que nos dexaron y agravios que reçivimos. De todo constara a Vuestra Magestad por las informaçiones y papeles que el dicho oydor remite al Rreal Consejo hechas con zelo del serviçio de Dios, descargo de la rreal conçiencia y aumento de su rreal haçienda, y mayor utilidad de sus vasallos Vuestra Magestad como Príncipe tan esclareçido mandara premiar tambien ministro y así lo suplicamos, y proveera lo que mas conviniere al serviçio de Dios nuestro señor y suyo...».

¹⁵⁴ AGI. Panamá, 31, N. 24: Carta del cabildo secular de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 15 de agosto de 1633: «El capitán don Pedro RrÁngel a serbido a vuestra magestad en el ofiçio de veynte y quatro deste cabildo mas de 24 años con muy grande aprobaçion cumpliendo con lo que se le a encargado por este cabildo a serbido el ofiçio descrivano de camara desta Rreal audiència mas de diez y seys años con general aprobaçion de todo este Rreyno por ser muy legal y de entera confiança muy querido y amado de todos generalmente sin que se aya opuesto objeto en su persona es de los vezinos mas lustrosos desta Rrepublica hijo de Pedro González RrÁngel que tambien sirbio el dicho ofiçio descrivano de camara con toda aprobaçion a sustentado armas y caballos y es enparentado con lo mejor desta ciudad este cabildo supplica a buestra magestad le haga merced en lo que obiere lugar por mereçerlo sus partes y serbiçios en que esta ciudad rrecibira merced...».

En el Consejo de las Indias había entera noticia de que Don Pedro era uno de los danmificados por Ortiz Zapata. Así se escribe en una anotación de la carta anterior: «El (Don Pedro Rangel) escribe se le haga justicia de los agravios que le a echo el visitador».

¹⁵⁵ AGI. Panamá, 19, R. 1, N. 19: Carta del cabildo secular de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 28 de noviembre de 1634: «El Capitan Don Alonso de Coronado y Ulloa veçino desta çiuudad de Panama en la provincia de Tierra Firme es hijo del Liçenziado Don Alonso de Coronado Maldonado que sirvio a Vuestra Magestad mas de 30 años en esos Rreynos en corregimientos y negoçios de importancia fue oydor de las Audiencias de Guatemala y desta de Panama mas de otros veinte y por aver servido ajustadamente dexo a sus hijos muy pobres. El dicho Don Alonso su hijo a sido Governador y capitán General de la Provincia de Veragua trato de reducir los indios del Guaymi, saco muchos y les señalo dos sitios en que

Falleció Don Sebastián en el año 1633¹⁵⁶, y tan pobre que tuvo que ser enterrado de limosna, lo que indica que sirvió el oficio con probidad, por eso su viuda, Doña Clara de Ayala y Rojas se encontró en una situación económica apurada¹⁵⁷. Lo que también resulta cierto es que en la villa de Avilés quedó

se poblasen, ha sido alcalde mayor de Puertovelo fabrico y reparo el hospital de aquella çiudad que yo e visto fue serviçio de importançia y se encargo de la fabrica de la yglesia y no la acavo por averle nombrado otro en su lugar de que dio quenta a Vuestra Magestad y le respondió se tenia por bien servido: ha sido Capitan de infanteria al sueldo y visitador (por comission) del distrito desta Audiencia: ha sido alcalde ordinario desta Çiudad con general aprobaçion defendio la juridiçion Rreal de los inquisidores de Cartaxena con celo del serviçio de Vuestra Magestad actualmente es procurador general desta çiudad y en la comission que Vuestra Magestad fue servido de cometerme del proçedimiento del Liçenziado Don Geronimo Hortiz Capata en el tiempo que visito esta audiencia ha mostrado el çelo con que sirve es digno de que Vuestra Magestad se sirva de su persona en ofiçios de importançia y en particular que asista en las cosas de haçienda de Vuestra Magestad por su limpieça y desinterese con que proçede = tiene un hijo Colegial del Rreal Colegio de Lima Graduado en Leyes: he sido informado es grande estudiante y de otras buenas partes: Pretende que Vuestra Magestad le honrre en una plaça de oydor o fiscal de sus Rreales Audiencias de las Indias: Padre e hijo mereçen les haga Vuestra Magestad merçed,...».

¹⁵⁶ AGI. Panamá, 18, R. 8, N. 101: Carta de Don Alvaro de Quiñones Osorio, presidente de la audiencia de Panamá al rey Don Felipe IV. Panamá, 14 de agosto de 1633: «+ Señor. Don Sebastián Alvares de Avilés, y Don Miguel de Meñaca oidores de esta audiencia murieron en breves días, y eran los mas antiguos della, suplico a Vuestra Magestad se sirva de proveer estas plaças con la brevedad, por la falta que hacen dos en audiencia que no ay mas de quatro, nuestro Señor guarde la catolica persona de Vuestra magestad como la christiandad a menester: Panama a 14 de agosto de 1633 años. (Fdo.: Don Alvaro de Quiñones Ossorio).

La muerte de estos oidores dejó a la audiencia con solo dos, La Gasca y Larrinaga, por lo que la Corona tuvo que arbitrar medios para suplir esta falta.

AGI. Panamá, 229, L. 3: *De oficio. Tierra Firme. Desde 13 de septiembre de 1627 hasta 22 de Diziembre de 1647, fol. 74 vto. – 75: «El Rrey. Presidente y oydores de mi Audiencia Rreal de la çiudad de Panama de la Provincia de Tierra Firme, haviendose visto en mi consejo Rreal de las Yndias vuestra carta de primero de agosto de seisçientos y treinta y tres en que me dais quenta de la dubda que se os a ofreçido de a quien toca el nombramiento del Juez que por falta o ynpedimento de los de esa Audiencia hubiere de suplir su ausencia para la determinacion de los negoçios con el oydor que quedare en ella por dezir el presidente le pertenece y pretender lo mismo el oydor ha parecido le toca al presidente y asi ha de hazer el dicho nombramiento en las ocasiones que se ofreçieren sin embargo de lo que dispone la ordenança fecha en Madrid a postrero de setiembre de mill y seisçientos y treinta y quatro, yo el Rrey por mandado del Rrey nuestro señor Don Fernando Rruiz de Contreras señalada de los del Conssejo (Rúbrica)».*

Una carta cuya fecha exacta, remitente –un consultor del Santo Oficio– y destinatario, no se pueden asegurar con certeza, aunque parece haber sido redactada entre los años 1634 y 1637, y como dato cierto en la ciudad de Panamá, habla de los oidores de esta audiencia. En el encabezamiento de ella se dice «señor fiscal Don Cristobal de Moscosso y Cordoba», que fue fiscal del Consejo de las Indias, y acaso a quien está dirigida la misiva.

AGI. Santa Fe, 40, R. 4, N. 95: «Beo señor averse ya determinado mi visita de que doy a Dios muchas graçias no embargante que los cargos que se me hiçieron con testigos falsos y mis enemigos capitales que por no saberse quien son ni darse los nombres dellos en las visitas como en las residencias no los podemos tachar los visitados lo cierto es que dos oydores de los tres que an muerto me pidieron perdón viendose desauçiados de que ynbiado ynformaçion hecha dello a Gregorio de la Vega mi ajente y el otro si no me la pidio fue porque murió aceleradamente y perdidos los sentidos que asi castiga Dios estas culpas yo señor e servido nuestro oficio con muy gran puntualida cuydado y desbelo como si su Magestad me estuviera mirando y no allando otro modo para caluniarme dijeron que era omisso y negligente en cumplimiento de mi obligacion ellos fueron los mas malos ministros que su Magestad a tenido en sus audiencias y asi llego primero el castigo de la mano de Dios y mas rriguroso que el de la visita».

¹⁵⁷ AGI. Panamá, 2, N. 33: «Doña Clara de Ayala y Rrojas viuda del Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés oydor mas antiguo que fue de vuestra audiencia Rreal de la çiudad de Panama = Diçe que

una hija suya Doña María de Valdés, que en 1633 estaba esperando por los mil pesos que su padre le mandaba para poder profesar en las Huelgas Reales de aquella localidad ¹⁵⁸.

como es notorio y consta por una ynformaçion que presenta, despues de haver servido el dicho su marido muchos años la dicha plaça de oydor con particular rectitud y limpieca murio tan pobre el año pasado de 633 que fue necesario enterrarle de limosna el obispo y cavildos eclesiástico y seglar de aquella çiudad, y por no tener con que se sustentar mas de el salario de la dicha plaça y ser la tierra muy cara gasto toda la dote de la dicha Doña Clara su muger y la dejo con muchas deudas y necesidades =

Supplica a Vuestra Majestad humil(de)mente la haga merced de darla el salario de un año que tenia el dicho su marido con la dicha plaça para ayuda a sustentarse y a su familia y para pagar algunas deudas y haçer bien por su alma pues esto mismo se a hecho y hace con las viudas de vuestros oydores que rrecibira merced.

Señor

E hecho diligencias en conformidad de las hordenes de Vuestra Majestad en las secretarias de las Yndias, y en la Nueva Spaña no pareze haverse hecho merced a estas personas y en la del Piru pareze que a 15 de noviembre de 625 se despacho titulo de oydor de la Audiencia de la ciudad de Panama de la provinçia de Tierra Firme al licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés en consideracion de sus letras y partes y la tubo hasta el año de 1633 con el sueldo hordinario y lo mismo se dize en la declaración desta parte y de las mercedes hechas por los Virreyes y Governadores de las Yndias en nombre de Vuestra Majestad en virtud de los poderes que tienen no hay raçon en las secretarias de Yndias aunque Vuestra Majestad por çedula general de ocho de noviembre de 1623 las tiene mandado la ynvien, Madrid / 19 de Julio 1634 Don Juan de Castillo.

¹⁵⁸ AHN. PN, 55. Protocolo del año 1633. Escribano Bernardo de Valdés León, s. fol.: Poder otorgado por Doña Ángela de Valdés, monja del Monasterio de Nuestra Señora la Real de las Huelgas de Avilés, con licencia de su abadesa, Doña Catalina de Cerecedo, y por Doña María de Valdés, hija de Don Sebastián Álvarez de Avilés, oidor de la audiencia de Panamá, a favor de Don Adriano de Valdés, canónigo de la catedral de Tuy, para que cobre, y haga todos los actos relativos a ello, de Juan de Salazar, agente del Consejo de Indias y vecino de Madrid, mil pesos de plata que el dicho juez mandó para que la dicha Doña María, pueda profesar en dicho convento. Avilés, 11 de noviembre de 1633.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LOS ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN ACTUAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

The romanist influence in the incorporation of the rules and legal principles in the background and current legislation of the Argentine Republic

MARISA T. DOMÍNGUEZ

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Resumen: En este trabajo de investigación nos proponemos realizar un análisis comparativo de la metodología que se utilizara para la incorporación de las reglas y principios generales del derecho tanto en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, en especial en la parte referida al Digesto, en el antecedente del Código Civil de la República argentina, obra Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también en la legislación vigente.

Palabras claves: principios jurídicos- legislación imperial romana-legislación argentina- antecedentes legales y doctrinarios.

Abstract: In this research work we propose a comparative analysis of the methodology that will be used for the incorporation of the general rules and principles of law both in the *Corpus Iuris Civilis* of Emperor Justinian, especially in the part referred to the Digest, in the background of the Civil Code of the Argentine Republic, the work of Dalmacio Vélez Sarsfield, as well as in current legislation.

Keywords: legal principles- Roman imperial legislation-Argentine legislation-legal and doctrinal background.

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Principios y reglas. Acepciones. III.-Reglas y principios en el *Corpus Iuris Civilis*. IV.-Transfusión del derecho romano en Argentina. Dr. Díaz Bialet. Principios

de la transculturación jurídica. V.–Reglas, principios y su remisión a la legislación velezana y la legislación vigente. V.1–En el Código de Vélez. V.2–En el actual Código Civil y Comercial argentino. VI.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la premisa que las reglas y los principios jurídicos constituyen un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales, y que la legislación de la República argentina ha tenido como basamento jurídico el Derecho Romano justiniano y a las legislaciones españolas, al momento de su creación, es que nos proponemos en este trabajo de investigación realizar un análisis comparativo de la metodología que se utilizara para la incorporación de las reglas y principios generales del derecho tanto en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, en la parte del Digesto, en sus Libros Primero: títulos 1, 3, 4 y 5, y Quincuagésimo, en sus títulos 16 y 17, en el antecedente del Código Civil de la República argentina, obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también en la legislación reciente, vigente desde el año 2015. El llamado Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Dicho análisis tiene como objetivo demostrar de qué forma ha influido, a través de la transculturación jurídica la redacción de reglas y principios en la primera legislación civil argentina y en la actual, con sus semejanzas y diferencias.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS. ACEPCIONES

En este trabajo intentaremos brevemente, con la idea de introducirnos al tema central, dar algunas acepciones de las palabras, reglas, normas y principios.

Expresaremos en primer término que los principios jurídicos constituyen sin duda el soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas fundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que unos y otras han sido distinguidos.

Según la Real Academia Española¹, los principios son la base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia, norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina y aforismos que gozan de general y constante aceptación de juristas y tribunales, entre otros.

La palabra principio deriva del latín *principium*, que significa comienzo, primera parte, parte principal, que a su vez deriva de *prim-*, que significa primero, en primer lugar y *cap(i)*, que se expresa como, tomar, coger, agarrar.

Son, sin lugar a dudas, todos aquellos conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio derecho como totalidad.

Asimismo, podemos expresar que los principios son normas generales, universalmente extendidas a cualquier comunidad o cultura. Si hablamos de principios generales del derecho, serían estos los enunciados normativos, utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa. Estos Principios no siempre han sido integrados formalmente, en todos los ordenamientos jurídicos particulares. A veces los hemos encontrado de manera implícita, es por ello que nos preguntamos si son externos al ordenamiento o si forman parte de él.

Consideramos importante aportar asimismo a este tema en cuestión cuáles son las funciones que los principios generales del derecho poseen. Ellas son tres, las cuales tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, estas son: la *función creativa*, la que establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivarlos; la *función interpretativa*, que implica que al interpretar las normas, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación y la *función integradora*, que significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Si nos detenemos, en cambio en la palabra regla, como tal, proviene del latín *regūla*. Que a su vez deriva del verbo *rego*, que significa conducir, dirigir, gobernar, guiar.

La Real Academia Española² define regla como, entre otros conceptos, aquello que ha de cumplirse por estar convenido en una colectividad, modo

¹ <https://dle.rae.es/?id=Vj7kKoC>. Última versión consultada el 9 de marzo de 2019.

² <https://dle.rae.es/?id=Vj7kKoC>. 09.03.2019.

establecido de ejecutar algo. Respecto de las ciencias o artes, es el precepto, principio o máxima o en un sentido moral, es la razón a que han de ajustarse las decisiones y las acciones.

Según el Profesor Albanese³ el principio (*definitio*) y la regla (*regulae*) son términos equivalentes, aunque se advierte en otros autores, que cita el Profesor Albanese, que podría tratarse de conceptos diversos que los juristas romanos lo han tomado en el sentido genérico de máxima, como equivalentes.

Si usamos la palabra regla o principio y los queremos diferenciar de norma advertimos que son tres palabras que pueden usarse como sinónimos para referirse a las *pautas, disposiciones o preceptos* que debemos seguir. Sin embargo, conocemos que estos términos, no siempre son intercambiables.

Al determinar los elementos de los que se compone el Derecho es habitual definirlo como un conjunto de normas, aunque en los últimos tiempos se ha generalizado una consideración más compleja que entiende que también los principios ocupan un lugar significativo en el entramado jurídico.

De entre las normas o reglas que han llegado a ocupar un lugar más importante en el Derecho desde la época del desarrollo del Estado moderno hay que destacar las leyes, que llegaron a convertirse en la forma más extendida de producción del Derecho, hasta el extremo de que llegó a identificarse el Derecho con la ley, aunque a partir de la transformación del «Estado legislativo» en «Estado constitucional» se ha producido una cierta revisión de su papel central en el ordenamiento jurídico.

Podemos concluir que el concepto de regla es más general que el de norma, ya que hace referencia a una forma de dirección de la acción humana y que los principios informan las normas jurídicas concretas. Su aplicación no es automática exige el razonamiento de los jueces y su integración. Los principios generales del derecho gozan, sin lugar a dudas de un grado de abstracción y generalidad, que no encontramos en las reglas o normas.

III. REGLAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Según lo ha dicho claramente el romanista español Fernández de Buján: «El Derecho romano, es el que ha alcanzado un mayor grado de perfección en la historia de la humanidad, tanto desde el punto de vista de la justicia, de sus contenidos como el de la técnica y la lógica perenne de la argumentación jurídica».

³ ALBANESE, B. «Definitio Periculosa: Un singulare caso di Duplex Interpretatio», 1967. *Studi Scaduto*. Palermo.

Conocemos que la máxima expresión de ese derecho se encuentra contenido en la monumental obra del Emperador Justiniano, comenzada en el siglo VI, el *Corpus Iuris Civilis* que en una de sus cuatro partes, el Digesto.

Sabemos por el jurisconsulto Javoleno, citado en el Libro Quincuagésimo del Digesto, en el Título 17, Fragmento 200⁴, que los juristas romanos, verdaderos hacedores del derecho que dos mil años después todavía se aplica en Europa, América y parte de Asia, no fueron amantes de las definiciones jurídicas, por considerar excesivamente arriesgada la empresa de poner límites (*de-finitio*) a los conceptos. Sí fueron, en cambio, aficionados a formular, en sentencias breves, claras y sencillas, reglas, o con un sentido más abstracto, principios jurídicos, o máximas, o criterios de interpretación de carácter general que facilitaran la solución de casos complejos, como la misma sociedad a la que el derecho sirve.

El desplazamiento de la autoridad jurisprudencial por la potestad imperial, sobre todo a partir de Constantino, en el siglo IV, vino a identificar el derecho con la ley, de suerte que el «arte de lo justo» dejó de ser jurisprudencial para convertirse en un sistema normativo impuesto por el emperador mediante leyes generales. Con todo, las reglas y los principios jurídicos –transformados ya en máximas legales– continuaron desempeñando una importante función en la labor legislativa.

Un claro ejemplo lo tenemos en una constitución imperial del 27 de febrero del año 393⁵, en la que el emperador Teodosio I dispuso que las constituciones imperiales debían establecer la regla para el futuro más que castigar hechos pasados. Una referencia a esta famosa constitución imperial se encuentra en otra constitución, ésta del emperador Anastasio, promulgada un siglo después⁶, en donde vuelve a aparecer el sustantivo *regula*, esta vez en plural, como acusativo del verbo imponer (*imponere regulas*).

Un hito en la historia de las reglas y principios jurídicos lo constituye el *Título XVII del libro L del Digesto*, que el emperador Justiniano, gran imitador de lo clásico, quiso dedicar a las reglas, como broche de oro de su monumental compilación. En efecto, en este título *De diversis regulis iuris antiqui*, se recogen más de doscientas reglas jurídicas que han servido de permanente referencia durante centurias, como lo muestra el hecho de que muchas de ellas las

⁴ D.50.17.200: *Javoleno; Epístolas, Libro XI*: «En el Derecho Civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada».

⁵ CTh.1.1.3: *omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*.

⁶ C.10.32.66 [65].1.

encontremos, siglos después, en la famosa compilación de *Las Siete Partidas* del rey Alfonso X el Sabio⁷.

El prestigio de la compilación justinianea hizo que, con la recepción del Derecho romano, esta costumbre de los libros de reglas pasara también a las compilaciones canónicas medievales.

Haciendo un poco de historia, luego del famoso *Corpus Iuris Civilis*, durante la Edad Media los primeros libros de *Brocarda*, *Brocardica* o *Generalia*, se propusieron contribuir al aprendizaje de un derecho recibido, muy superior al que se aplicaba en ese interesante y todavía desenfocado período de la historia de la Humanidad. La etimología de la palabra «brocardo», con que se designa en el medievo la regla jurídica, es incierta, y no parece correcta, como ya advirtió Savigny, su derivación del nombre de Burcardus, obispo de Worms (Burchard Von Worms, autor de una colección canónica, al comienzo del siglo XI, conocida como el *Decretum Burcardi*. No han faltado quienes opinan que esta palabra procede de una corrupción de la expresión *pro-contra*. Debería ser tenida en cuenta también la posible derivación del diminutivo alemán «Brötchen» (panecillo, «trozos» o «cachos» de pan), en la medida en que cada brocardo es también un «trozo» de derecho.

En la selección de las reglas medievales, podemos mencionar la Glosa Ordinaria de Accursio del año 1227, o a Dino del Mugello, el boloñés Godofredo, el francés Pierre de Belleperche, al gran Bártolo de Saxoferrato, el no menos genial discípulo Baldo de Ubaldis, y al comentarista Filippo Decio, ya a caballo con la Edad Moderna. En el *Common law*, encontramos la valiosa obra de *De legibus et consuetudinibus Angliae*, atribuida al juez inglés Henry de Bracton, en esta misma época, que constituye el primer intento de describir sistemáticamente el Derecho inglés. Evidentemente, aunque se niega, el Derecho romano ha dejado una profunda huella en el *Common law* o Derecho anglosajón.

Durante el Renacimiento, la importancia de las reglas jurídicas no es sino una consecuencia del prestigio que alcanzan los adagios y aforismos, otra forma de delimitar con ellos el derecho, sobre todo a partir de la publicación de los *Adagia* de Erasmo de Rotterdam, en el siglo XV, libro con el que este humanista holandés alcanzó su primera fama. A ello hay que unir el interés por las reglas de la escuela Racionalista, que domina Europa los siglos XVII y XVIII, pues éstas facilitaban su propósito de construir un sistema jurídico diferente, al margen de la concepción romano-cristiana.

⁷ Partida VII, título XXXIV

Entre los libros de reglas jurídicas, cabe mencionar el del español Pedro de Dueñas, siglo XVI, *Regularum utriusque iuris cum ampliationibus ac limitationibus*; el estadista inglés Francis Bacon, que escribió, aparte de los aforismos contenidos en su obra *Novum organum* en 1620, un *Tractatus de Iustitia universali, sive de fontibus Iuris, per aphorismos*; o el del jurista ginebrino Jacobo Godofredo, hijo de Godofredo el Viejo, en su comentario al título del Digesto sobre las reglas jurídicas: *Novus in titulum Pandectarum diversis regulis iuris antiqui Commentarius*. Las principales máximas del *common law* fueron recogidas Edward Coke, tanto en sus famosas *Institutes of the Laws of England* como en sus *Reports*, y por William Noy, en sus conocidas *Maxims of the Common Law*, siglo XVI.

Cultivaron el aforismo los grandes artífices del Derecho de los siglos XVII y XVIII, Samuel Pufendorf, Gottfried Wilhelm Leibniz, el propio Johann Wolfgang Goethe, en sus *Maximen und Reflexionen*, y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, de influencia decisiva en el iusromanticismo. El hecho de que en el ámbito penal los aforismos tengan una especial relevancia se debe quizá a su cultivo por Paul Jocham Anselm Von Feurbach, fundador del moderno Derecho penal alemán.

Los estudios de derecho se organizaban en cinco años, estudiando en el primer año las institutas y en los restantes años, los denominados «preliminares» de las pandectas: «*De verborum significatione*: De la significación de las palabras», ubicados en el D.50.16 y «*De diversis regulis iuris antiqui*: De las reglas del derecho antiguo», que lo encontramos en el D. 50. 17, mostrándose aquí el modelo jurídico justiniano, como una «parte general» en los estudios del derecho.

Si nos detenemos específicamente en la gran obra justiniana y en particular en la parte llamada Digesto, hemos observado que el *Corpus Iuris Civilis* concentra las llamadas reglas en general y las de interpretación de las mismas, así como los principios jurídicos en dos de sus Libros, el primero y el quincuagésimo. Hemos analizado que en el libro primero del Digesto, en sus títulos 1, 3, 4 y 5 nos define algunos de los conceptos fundamentales del Derecho que no podemos desconocer, proponiéndonos un verdadero modelo o método de estudio a partir de la explicación de lo que la palabra en es en sí, lo que la cosa es, en su título 1 y de manera que podría decirse operativa o funcional, definiéndonos palabras como Ley, senadoconsulto, principios generales del derecho entre otras, en su título 3, sin ningún tipo de convencionalismo ni deteniéndose en la etimología de la palabra misma. No hablaremos aquí del título 2 del libro primero, ya que se refiere a una cuestión histórica e introductoria, más bien teórica. Podría expresarse que toma verdaderamente un sector determinado de la sociedad, interpretando a través de criterios el pensamiento de la época.

Nos abocaremos también, como parte de este trabajo, a mostrar que el método o modelo, como dijéramos, utilizado por el Digesto para enseñarnos los conceptos y referirse a los Principios y reglas jurídicas que debían tenerse en cuenta, se basa en haber colocado al principio y al final del Digesto los temas generales importantes, como base dogmática del sistema ordenado que se propuso y que debían tenerse en cuenta. Sin lugar a dudas, lo hace a través de las obras de los grandes juristas consultados y posiblemente con el objetivo de establecer reglas y principios generales de interpretación legal y como una guía operativa, basada en la filosofía de la naturaleza de las cosas: Aparentemente lo hace con criterios objetivos, para que el juez pueda resolver casos concretos, basándose en ellos.

Las reglas y principios jurídicos mencionados, se agrupan fundamentalmente en el libro quincuagésimo, título 17 del Digesto, rubricado como: *De Diversis regulis iuris antiqui* y en el título 16 del mismo libro rubricado como: *De verborum significatione*. Respecto del libro 50, se tienen ciertas dudas acerca de si se incorporó juntamente con el primero o si es un agregado posterior.

Es decir, que el significado de las palabras como las reglas y principios jurídicos antiguas habrían marcado en el derecho romano de la época bizantina, la manera que deberán observar los juzgadores al momento de dictar sentencias o de interpretar las leyes.

El Digesto Justiniano nos presenta entonces, una idea de derecho ajustada a un contexto histórico, cultural y social determinado, que convencionalmente regía un imperio orientalizado. Es sin duda una obra académica y profunda, con objetivos diversos. No puede decirse lo mismo de la parte de las Institutas, que sólo fue un manual didáctico para introducir al estudio del derecho. El Digesto fundamentalmente en sus libros primero y quincuagésimo, y en los títulos 1, 3, 4, 5 del primero y 16 y 17 del segundo, nos acerca a un verdadero paradigma reconocido de manera universal y que por ello ha logrado a través de los siglos perpetuarse y cimentar la legislación de tantos ordenamientos jurídicos posteriores. Creemos que es por su coherencia, universalidad y practicidad, el derecho Romano que trascendió y transfundió en el mundo jurídico conocido y en el que fue creándose a través de los siglos.

Debemos decir que, no es exclusivo de estos libros y títulos las formulaciones de reglas y principios, ya que de manera aislada, encontramos en otras partes del Digesto algunas más.

Citaremos algunas reglas y principios jurídicos que nos parecieron importantes para avalar nuestra investigación, sin ahondar en su estudio pormenorizado.

La mayoría de estas citas escogidas han sido muy útiles al momento del dictado de sentencias o determinaciones específicas de parte de los jueces o los legisladores, y han pertenecido al jurisconsulto Ulpiano, en su mayoría. Este personaje fue uno de los cinco grandes jurisconsultos de la época de oro de la jurisprudencia clásica romana. Otras citas corresponden a Papiniano, Florentino, Gayo, Paulo, Modestino, Juliano, Javoleno, Hermogeniano, Calistrato, entre otros.

Así, Ulpiano, establece en el Libro I del Digesto a través de su obra. Instituciones, definiciones sobre el *ius*, la *iustitia*, clasificando las ramas del derecho, definiendo la *iurisprudentia*, como ciencia. Asimismo, en su libro de las Reglas nos habla del tema que nos ocupa aquí, esto son los: Principios generales del derecho y como se dijera en el capítulo I de este trabajo, en nota al pie, ellos se encuentran en el Digesto Primero, Título uno, Fragmento 10, Párrafo 1, cuando se expresa:

«Los Principios Generales del Derecho son estos: vivir honestamente (*honeste vivere*), no hacer daño a otro (*alterum non laedere*), dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)».

Paulo, otro de los jurisconsultos que debemos mencionar, en Comentarios a Plaucio, Libro XVI, citado en el Libro 50 del Digesto, título 17, fragmento 1, nos da un concepto de regla. En fragmentos 110, Comentarios al Edicto, Libro VI; 114, Comentarios al Edicto, Libro IX; 168, principio y párrafo 1, en Comentarios a Plaucio, Libro I, del mismo Libro y título del Digesto, establece ciertas reglas interpretativas de la leyes⁸.

Gayo en el Libro I del Digesto, Título 2, Fragmento 1, en Comentarios a la ley de las Doce tablas, Libro I, nos habla de interpretar las leyes antiguas remontándonos a los principios de Roma, igual a lo que expresa Paulo en el Libro I, del Digesto, en su título 3, Fragmento 37, cuando menciona la costumbre⁹.

⁸ D.50.17.1: Paulo; *Comentarios a Plaucio, libro XVI*: «Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficiencia».

D.50.17.110: Paulo; *Comentarios al Edicto, Libro VI*: «En lo que es más está siempre comprendido también lo que es menos».

D.50.17.114: *El mismo; Comentarios al Edicto, Libro IX*: «En los casos oscuros se suele investigar lo que es más verosímil, o lo que las más de la veces se suele hacer».

D.50.17.168, pr y párrafo 1, *El mismo; Comentarios a Plaucio, Libro I*: «Se ha de coger la ocasión que facilita una resolución más benigna» - «Lo que se hizo, cuando esté oscuro, recibe interpretación con arreglo a la afección de quien adquiere».

⁹ D.2.1: Gayo; *Comentarios a la Ley de las Doce Tablas, Libro I*: «Habiendo de interpretar las leyes antiguas, he juzgado necesario remontarnos a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus par-

En cita a otro de los destacados jurisconsultos llamado Modestino, encontramos expresiones en el Libro i, del Digesto en su título III, Fragmento 40, en donde nos dice como se crea el derecho aludiendo que se formó por el consentimiento, por necesidad o por costumbre¹⁰.

Juliano, como uno de los más originales, hablando de la generalidad de la ley, menciona a la analogía y da primacía a la razón por sobre la ley positiva; nos habla de los criterios interpretativos y de la integración de la ley¹¹.

Entre otros Jurisconsultos, que en sus escritos dan lugar a la costumbre casi a la par que las leyes, para su interpretación, encontramos a Hermogeniano y Calístrato¹².

IV. TRANSFUSIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ARGENTINA. DR. DÍAZ BIALET. PRINCIPIOS DE LA TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA

Cuando hablamos de «transculturación», nos referimos a la adopción por parte de un pueblo o grupo social de formas culturales de otro pueblo, que sustituyen completa o parcialmente las formas propias. Es ella es un fenómeno que ocurre cuando un grupo social recibe y adopta las formas culturales que provienen de otro grupo. La comunidad, por lo tanto, termina sustituyendo en mayor o menor medida sus propias prácticas culturales.

tes. Y en verdad el Principio es la parte más principal de cualquier cosa..... Porque, sino me engaño, había estos prefacios nos llevan también con más gusto a la lectura de la materia propuesta, y cuando a ella llegamos, facilitan su más clara inteligencia. y D.1.3.37: *Paulo, Cuestiones, libro I*: «Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes».

¹⁰ D.1.3.40: *Modestino; Reglas, libro I*: «Luego todo derecho o lo creo el consentimiento, o lo constituyó la necesidad, o lo afirmó la costumbre».

¹¹ D.1.3.10: *Juliano; Digesto, Libro LIX*: «Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo, que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen»; D.1.3.11: *El mismo; Libro XC*: «Y por lo tanto, respecto de aquellas cosas que primeramente se hallan establecidas, se ha de determinar con más certeza o por la interpretación, o por constitución del óptimo Príncipe.» D.1.3.12: *El mismo; Digesto, Libro XV*: «No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión esta manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia»; y D.1.3.32, pr, y 1: *Juliano; Digesto, libro XCV*: «En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciera esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma», «No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todo lo que sin estar escrito aprobó el pueblo...».

¹² D.1.3.35 y 38. *Hermogeniano y Calístrato*.

El tratamiento de este capítulo tiene como objetivo, a través del estudio de la transculturación de Roma a la actualidad en el del derecho argentino, lograr encontrar desde la herencia cultural que los romanos nos dejaron nuestra propia cultura jurídica actual. Sus conocimientos abarcaron todas las problemáticas de la época y la resolución de sus necesidades.

Conocemos que el Derecho romano ingresa al Derecho argentino, como nos cuenta la obra de Agustín Díaz Bialek, insigne romanista cordobés, a través de cuatro períodos:

1. La primera época se prolonga desde inicios de la colonización hasta la *creación de la Universidad Nacional de Córdoba*, en 1614. Durante esta etapa no existen virtualmente estudios jurídicos en nuestro suelo, si bien son de aplicación normas hispanas y canónicas, de fuerte influencia romanista. Como obra destacada cabe mencionar la notable glosa de Gregorio López al Código de las Siete Partidas.

2. La segunda época va desde 1614 hasta 1791, año en el cual más precisamente el día 22 de agosto, se *crea la cátedra de Instituta en la Universidad cordobesa*, que luego daría origen a la actual Facultad de Derecho. Allí se estudiará el derecho laico al lado del canónico, y ello dará origen a la propagación de tratados y obras de derecho romano, como el *Corpus Iuris* de Dionisio Godofredo, y los estudios de *Vinnius*, *Heinecius* y *Cuiacius*.

3. Desde 1791 y hasta la investigación y realización por parte de Vélez Sarsfield de las *concordancias entre el derecho romano y el derecho patrio e hispano*, cosa sucedida en 1834, corre la tercera etapa. La existencia de una cátedra especializada en derecho romano en Córdoba, cuyo primer programa coincidía textualmente con el índice de las Institutas de Justiniano, y cuyo primer profesor titular (1791-1807) fue Victorino Rodríguez, determinó la formación de una fuerte corriente romanista. Cosa favorecida por otra parte con la fundación de la Academia de Jurisprudencia en Buenos Aires (1814), y la creación de la Universidad Nacional de Buenos Aires de 1824. En este período cursa sus estudios en Córdoba Dalmacio Vélez Sarsfield y surge la figura de Pedro Antonio de Sometiera, quien escribe sus Principios de Derecho Civil, siguiendo el método de las Institutas de Justiniano.

4. La cuarta época se inicia en 1834 y finaliza en 1869 cuando se *sanciona el Código Civil*, que luego entraría a regir en la versión de su primera edición oficial, realizada en Nueva York, en 1871, edición que debió ser reemplazada debido a los numerosos errores tipográficos que presentaba por otra autóctona realizada en los talleres gráficos La Pampa, en 1883. Esta última, comúnmente denominada «*edición Pampa*» fue la segunda y última oficial.

V. REGLAS, PRINCIPIOS Y SU REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN VELEZANA Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE

V.1 En el código de Vélez

Conforme expresáramos en el capítulo anterior, la influencia romanista, sea directa o indirectamente por las fuentes hispánicas y canónicas, estuvo presente en la creación del Derecho en Argentina. Se observa la comunicabilidad y vinculación de reglas y principios jurídicos que fueron trasfundidos. Primeramente en la legislación Civil realizada por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, la cual le daremos un tratamiento en este capítulo.

Hemos advertido que si bien en el Código velezano no se habían estructurado las reglas y principios en libros separados, se pueden hallar en el recorrido de los 4.051 artículos que formaba este Código.

También advertimos que la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield se estructuró en una serie de principios jurídicos fundamentales, que se basaban en las ideas en boga en la época de su redacción y en el sistema continental.

Conforme lo expresa el Profesor argentino de Derecho Romano, Dr. José Carlos Costa: «No es usual que un Código de fondo se dispongan pautas de interpretación destinadas a los jueces, dado el carácter procesal del tema, empero Vélez Sarsfield, el autor del Primer Código Civil, opta por establecer algunas disposiciones procesales y lo hace en su art. 16»¹³. Este artículo reza:

«Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

Este artículo tomó como fuentes al Código Sardo, al Código de Austria, al Código Chileno de Andrés Bello, al Código de Comercio creado para la Pcia. de Buenos Aires y al Código Civil uruguayo; y se complementa con el artículo 15 del mismo Código, cuando dice:

«Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

¹³ COSTA, J.C., «Pautas de interpretación legisladas en el Código Civil argentino y su relación con el Derecho Romano», en Pedro Resina (ed.), *Fundamenta Iuris: Terminología, Principios e Interpretatio*, 291, Almería 2013, p. 491.

Y a su vez con el artículo 17 del mismo ordenamiento civil que nos decía:

«Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente».

Y el artículo 22 del mismo ordenamiento, que expresaba:

«Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial».

Sin lugar a dudas que la mayoría de los códigos sancionados en el siglo XIX, de concepción racionalista, siguieron la idea de que los problemas jurídicos debían ser solucionados solo por las leyes, en un concepto de auto integración del ordenamiento civil, y considerando la totalidad de la normas que lo componían. Se decía que la ley había sido elegida y creada por el legislador, de manera reflexiva y deliberada, siendo por lo tanto fiel expresión de su voluntad. Solamente si en ellas no encontráramos su verdadero significado, debe recurrirse al espíritu de las mismas, a las leyes análogas y solo si aún continuara la duda podría irse a los principios fundamentales del derecho, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso presentado.

Autores argentinos como Alterini, Belluscio y Zannoni¹⁴, nos dicen que en una sociedad organizada, nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y por ello todos los litigios deben ser resueltos, encontrando en el sistema jurídico todo, la solución concreta. Debe haber plenitud del orden jurídico.

Según el Código velezano en el artículo 16 y sus concordantes, se habla de la interpretación de la ley y de que el juez debe acatar el orden que se establece en el C. Civil, y en su defecto el de los Principios Generales del Derecho, como último elemento a tener en cuenta. Estos autores se preguntan si los principios enunciados serán los del Derecho natural o sólo los que se establecen en todo el sistema jurídico.

Podemos expresar que todos nuestros próceres fundantes abrevaron, en los conocimientos del Derecho Romano¹⁵, plasmándose los principios y las reglas jurídicas en el Código velezano.

Entre algunos de los que fueron transportados desde las ideas romanistas imperiales estaban: el *Pacta sunt servanda* que es una locución latina, que se

¹⁴ BELLUSCIO, A., ZANNONI, E., Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado. Tomo 1. 1985. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.

¹⁵ GARCÍA CHIPLE, E., GIOVANNINI, I., *Transculturación Jurídica*, 2017. Editorial Advocatus. Córdoba, Argentina.

traduce como *lo pactado obliga* y que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil, específicamente relacionado con los contratos, y del derecho internacional, con la expresión que: El contrato es ley entre las partes¹⁶; el de la *Propiedad como absoluta* o el de *la familia como institución indisoluble*, hasta la sanción de la Ley 23515 en el año 1987 que modificó el matrimonio y autorizó el divorcio, entre otros.

Es cierto que estos artículos figuraban al comienzo del Libro Primero del Código velezano, bajo el título 1 y 2 de los Títulos Preliminares, pero también se encontraban principios y reglas jurídicas diseminadas a través de los 4.051 artículos que componían este código. Se expresa que no habría tenido un método marcado en la formulación de principios generales del derecho sino que debía buscarlos mezclados entre sus disposiciones.

V.2 En el actual Código civil y comercial argentino

Respecto de la temática que venimos tratando, los códigos actuales pareciera tienen una tendencia diferente a los códigos creados durante el siglo XIX, que la hayamos también en nuestro Código actual.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina¹⁷ ha integrado los Principios Generales del Derecho, de manera expresa, siendo la distinción entre reglas y principios, una de las cuestiones centrales. Esto se produce ya que se valora la distinción entre reglas y principio, agregando a su vez los valores, en sintonía con un Código creado en un Estado de Derecho Constitucional, pues presupone reglas dispuestas donde hay «derecho» incluido en principios y valores.

En los fundamentos del Código y del Anteproyecto del código se dijo que:

«La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al, ampliamente reclamada por la ma-

¹⁶ «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

¹⁷ CCCN.

yoría de receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado la doctrina jurídica argentina»¹⁸.

Se reconoce que el derecho no sólo está en las reglas sino también en principios y valores, apareciendo ellos en el artículo 2.º del CCCN, cuando se habla de la interpretación de la ley y no en el artículo 1 cuando habla de fuentes.

De ese modo, los principios (y valores) sólo tendrían una *función interpretativa* pero se les desconocería las funciones: integradoras y creativa de las reglas, que hemos mencionado en el primer capítulo.

En cuanto a la estructura seguida por el CCCN, encontramos un Título Preliminar, dividido en capítulos, los cuales tratan de:

Capítulo 1: derecho arts. 1.º a 3.º: fuentes y aplicación; interpretación; deber de resolver; capítulo 2: ley arts. 4.º a 8.º; ámbito subjetivo; vigencia, modo de contar los intervalos del derecho; eficacia temporal; principio de inexcusabilidad; capítulo 3: ejercicio de los derechos arts. 9.º a 14: principio de buena fe; abuso del derecho; orden público. fraude a la ley; renuncia; derechos individuales y de incidencia colectiva; capítulo 4: derechos y bienes arts. 15 a 18: titularidad de los derechos: bienes y cosas; derechos sobre el cuerpo humano y derecho de las comunidades indígenas.

Según la Dra. Aida Kemelmajer¹⁹, en la misma Exposición de motivos, cuando nos habla de la incorporación de los Principios de manera expresa nos dice:

«Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCCN de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos. Claro está, esta «nueva exégesis» se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones. Cabe señalar que esa tarea ya ha empezado, desde que no son pocos los jueces que invocan las nuevas normas como parte de la motivación en la que fundan la solución a la que llegan en decisiones anteriores a la entrada en vigencia del CCCN. Más aún, el Código es cita-

¹⁸ LESCANO, J., *Los Principios Jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial*, 2015. DJ. <https://www.diariojudicial.com/>. (última consulta realizada. 29 de febrero de 2019), Exposición de Motivos del CCCN.

¹⁹ Una de las comentaristas del CCCN.

do en decisiones administrativas de los registros del estado civil y capacidad de las personas»²⁰.

En esta Exposición de motivos se ha dejado muy claro que existen principios y reglas generales y que siempre se deberá estar a las leyes especiales sobre la materia, sea esta civil, comercial, administrativa, penal o internacional, considerados al momento de resolver cuestiones jurídicas, pero que los Principios de todo el ordenamiento jurídico vigente deben ser observados al momento de juzgar.

En el artículo 2 del CCCN sobre: *Interpretación*, hace referencia a que:

«La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... *los principios y valores jurídicos*...».

Conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Nos dice la jurisprudencia que no se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Se observa asimismo, que el CCCN establece *reglas de interpretación* al regular algunas instituciones o figuras. Por ejemplo, cuando se refiere a los Contratos en general²¹; en igual sentido lo hacen los artículos 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

Por último, según lo han manifestado los propios redactores del proyecto, la idea subyacente para mantener el Título Preliminar y sus modificaciones fue la de otorgar a los operadores jurídicos guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, que no contaba con un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni de su interpretación, con excepción de las normas incluidas en el Título Preliminar. Asimismo, fue intención del redactor otorgar una mayor amplitud a dicho Título, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, reglas cuyo destinatario no es exclusivamente el juez, sino los ciudadanos en general²².

²⁰ Código civil y comercial comentado. Directores: HERRERA, M., CARAMELLO, G., PICASSO, S., Tomo 1. *Título Preliminar y Libro Primero*, 2015. Infojus. 1.º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²¹ Título II, Libro Tercero), el art. 963 –Prelación normativa– establece: «Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código».

²² Código civil y comercial comentado. Directores: HERRERA, M., CARAMELLO, G., PICASSO, S., Tomo 1. *Título Preliminar y Libro Primero*, 2015. Infojus. 1.º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como mencionáramos al hablar de nuestro anterior Código Civil y del derecho internacional, uno de los Principios más conocidos por su trascendencia a la actualidad es el llamado: *Pacta sunt servanda*. Esta consigna, acuñada en épocas de la antigua Roma y según la cual «los pactos deben honrarse», es una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma.

Dictámenes de Tribunales se han basado en los principios generales del derecho internacional, al consagrar el principio *pacta sunt servanda* y la buena fe, como hilos conductores de la acción de incorporar la norma al ordenamiento interno.

Este principio tiene amplia aplicación en material contractual en la escuela del derecho romano, figura ante la cual se pueden aclarar lagunas de la ley o incluso contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables, de manera de que bajo criterios de interpretación, la voluntad o intención de las partes contratantes debe ser valorada y respetada, en todo aquello que no contravenga las leyes, como norma suprema en sus relaciones.

Este CCCN, es un Código con identidad cultural latino-americana, que constitucionaliza el derecho privado, pero que aún viven en el los invalorable principios generales del derecho que los romanos nos aportaron.

VI. CONCLUSIONES

La monumental obra jurídica del emperador bizantino Justiniano, realizada en tan solo seis años, del 527 al 535 d.C. ha sido, indudablemente, la que más ha influido en la configuración de las legislaciones modernas. Fundamentalmente la parte conocida como *Digesta o Pandectae* y en los *Libros 1 y 50* de esta parte de la gran obra justiniana. En ellos brillan los principios y reglas jurídicas que acompañaron y marcaron la ciencia jurídica del mundo moderno. Aún hoy se reflejan plasmados en las legislaciones nuevas o modificadas.

Con este trabajo hemos podido concluir que los grandes postulados o principios, incluidas las reglas que han servido de base al mundo jurídico moderno, son siempre los que los romanos establecieron. Imposible repudiar esta magnífica e invaluable herencia. Sus principios serán tomados como base para las grandes leyes medievales europeas como lo expresáramos, esto es, las famosas Siete Partidas del siglo XIII, redactadas bajo la dirección personal de Alfonso X el Sabio, rey de Castilla.

Asimismo, a partir del año 1495 se produjo la recepción del Derecho Romano en el imperio germano que va a triunfar frente al pobre y desigual desarrollo del Derecho nacional. En virtud de esta recepción, el *Corpus Iuris justiniano* va a constituir el derecho positivo en los distintos estados germánicos, es decir, el aplicado por todos los jueces para la solución de los litigios. Esto funcionó así hasta el año 1900, en que se sancionará por aquí, el Código Civil Alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, o de modo abreviado el B.G.B.

La tradición jurídica romana no se detuvo allí, sino que siguió su extenso camino a pasos agigantados transformándose a partir del siglo XVIII, y fundamentalmente en el XIX, en fuente inagotable de numerosos Códigos civiles, no sólo los europeos, sino también latinoamericanos, cuyos autores apreciaron de modo llamativo y en forma considerable su gusto y predilección por las reglas, principios, e instituciones del *Corpus* de Justiniano. Cabe destacar que los codificadores sudamericanos más representativos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield, fueron fervientes romanistas.

De todo esto que hemos advertimos, podemos deducir que los grandes principios del Derecho Romano se han mantenido vivos en los Códigos europeos y en los códigos de Chile, Brasil, Argentina, como así también en los de Ecuador, Uruguay, Colombia, Paraguay, y prácticamente en todos los demás códigos de Latinoamérica, manifestándose este hecho como una verdadera transculturación jurídica.

Deteniéndonos en el caso de nuestro país, la República Argentina, fue el ilustre Dalmacio Vélez Sarsfield, el que citó profusamente la compilación justiniana en su Código Civil, por cuanto la conocía perfectamente debido a su notable formación romanista. No solo en sus artículos, el Código argentino tenía la impronta romanista de manera directa, en muchas instituciones, normas, reglas o principios, sino también de manera indirecta en las tan ilustrativas y famosas notas a los artículos del gran Vélez.

En el caso de la nueva legislación Civil y Comercial, llamada así porque comprende a la unificación de las dos materias, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia en el año 2015, se conserva en sus principios, reglas e instituciones los cimientos romanos. Este Código sistematiza los principios generales básicos rectores del derecho civil y comercial.

Podemos expresar, a través de lo que hemos investigado que la fuerte internacionalización del Derecho en el siglo XX, muy particularmente desde el término de la segunda guerra mundial; el incremento de estudios sobre Derecho comparado, muchos de ellos a causa de la migración de prestigiosos juristas alemanes a los Estados Unidos de América huyendo del nazismo, y el desarrollo de nuevos ámbitos del Derecho de implantación mundial, como el

Derecho medioambiental, el Derecho de las telecomunicaciones, el Bioderecho, etc., han impulsado nuevamente el uso de reglas y principios jurídicos que se parecen o casi son los mismos que los formulados en la obra justiniana, a pesar de que, paradójicamente, el latín haya dejado de ser una lengua académica de alcance universal.

En este siglo XXI, las *reglas y los principios jurídicos* están llamados a cumplir una función de primerísimo orden, no sólo en el proceso de unificación jurídica de la legislación de los distintos países, sino también en el tan deseado de internacionalización de la justicia, así como en el de integración de sistemas jurídicos. Por lo demás, las reglas y principios jurídicos constituyen un punto de partida para la formación de los nuevos «juristas globales» que la sociedad está demandando, y que mejor recurrir a aquellos jurisconsultos romanos que tanto nos enseñaron, para que sean, como lo dice su significado: base, fundamento, origen, razón fundamental.

Así lo interpretaron los redactores del CCCN, que entró en vigencia en el año 2015 en Argentina, como también lo interpretó el Dr. Vélez Sarsfield, aunque no logró quizás plasmarlo en su obra de una manera más integrativa y general.

**SOBRE LOS JURISTAS ROMANOS COMO ESCRITORES. A
PROPÓSITO DE LA OBRA DE DARIO MANTOVANI, LES
JURISTES ÉCRIVAINS DE LA ROME ANTIQUE, COLLEGE
DE FRANCE, 2018**

*About roman jurists as writers. Concerning the work of «Dario Mantovani,
les juristes écrivains de la Rome antique, College de France, 2018»*

JULIO GARCÍA CAMIÑAS
Universidad de A Coruña

Resumen: Una aproximación conceptual a las obras de los juristas romanos como literatura a la luz de las referencias conservadas de quienes se integraron en el círculo de sus lectores. La forma específica de los libros jurídicos como textos rubricados y su estructura, los visualiza como un género y los hace reconocibles con identidad propia por sus contemporáneos.

Palabras clave: Juristas Romanos. Libros jurídicos. ¿Literatura jurídica romana? Rúbricas. Identificabilidad de lo jurídico.

Abstract: A conceptual approach to the works of the Roman jurists as literature in the light of the references preserved from those who joined the circle of their readers. The specific form of legal books as signed texts and their structure, which visualizes them as a genre and makes them recognisable with their own identity by their contemporaries.

Keywords: Roman jurists. Law books. Roman legal literature? Headings. Identifiability of the legal.

SUMARIO: 1.–Introducción. 2.–Presupuestos del autor. 3.–¿Existió una literatura jurídica? 4.–La respuesta de los antiguos. 5.–La creación del derecho en Roma. 6.–El uso del Digesto en Europa.

I. INTRODUCCIÓN

En el congreso iberoamericano de derecho romano, homenaje a Justo García Sánchez y Armando Torrent, presentamos un trabajo sobre «los juristas como escritores en la Roma antigua», es decir sobre las obras de los juristas como literatura; en realidad tenía por objeto el comunicar la aparición de la obra de Dario Mantovani que con el mismo título viene a constituir la puesta por escrito de un trabajo de muchos años por parte de este ilustre romanista y de la que ya habíamos hecho una primera presentación en el Seminario de derecho romano de la Universidad Carlos III de Madrid, en el mes de noviembre pasado por invitación de Consuelo Carrasco y que contó con la presencia del Autor; ahora aquí reproducimos lo dicho y lo que no dio tiempo a decir. El tema había sido abordado por Mantovani en distintos momentos y expuesto a través de conferencias pronunciados en Collège de France en París y que son accesibles actualmente en Internet; ya estas conferencias habían despertado en mí un notable interés porque constituyen una reflexión muy seria acerca de cómo debe llevarse a cabo el estudio del derecho romano, lo que actualmente se denomina investigación romanística, sin duda, para aproximarla burocráticamente a la investigación científica que tiene lugar en otros campos como la medicina, la física o incluso la ingeniería. Estamos de acuerdo con lo que recordamos de George Steiner, leído en su obra «Presencia reales», segunda edición en Destino libro 2001 página 50 y ss., cuando dice que «la investigación se ha apropiado de un ámbito bastante más amplio incluyendo en el tratamiento académico a las humanidades y aplicándose este concepto a noticias o tesis doctorales sobre escritores ya sepultados bajo pirámides de paráfrasis y opiniones y disolviendo así y trivializando el concepto mismo de investigación en las humanidades, pues donde ya no quedan textos clásicos y eminentes por editar, hay siempre suficientes textos para «revalorar», o diríamos nosotros, textos del Digesto para manosear, pues «allí donde decae el conocimiento del griego y del latín, los dientes académicos siempre encuentran autores contemporáneos que roer, y así en un proceso de imitación en el orden humanístico con el científico poder cumplir con la fiel formalización burocrática que permite la asignación de subvenciones, presentando con una ávida pretensión de rigor teórico y de descubrimiento acumulativo las humanidades y luchando obsesivamente por emular la fortuna de las ciencias exactas y aplicadas»; entendemos que ello ha provocado en los últimos años, un crecimiento elefantásico de publicaciones innecesarias y de escaso valor por más que busquen ideas que sean de algún modo aprovechables para la actualidad y con pretensiones de hipótesis científica. Es así, que, por contraste, debemos saludar con

alegría la aparición de una obra como la de Dario Mantovani, *Les juristes écrivains...*, que pensada y repensada ayuda a reflexionar sobre qué debe hacerse y cómo a la hora de estudiar el derecho de la Roma antigua, es decir en la llamada investigación romanística, que desgraciadamente en la actualidad no siempre alcanza a saber lo sabido.

II. PRESUPUESTOS DEL AUTOR

La posición del autor parte de los presupuestos del estructuralismo en el análisis de la obra literaria, algo sin duda muy presente en el Collège de France, donde presentaron sus ideas y sus obras muy importantes autores de la órbita estructuralista como Sartre y otros, algunos de los cuales son expresamente referidos por Mantovani en la bibliografía. Conocí muy pronto y gracias a los buenos profesores del Bachillerato de la época, las corrientes culturales y literarias que estaban desde los años medios del siglo pasado germinando en Francia, creadas o cultivadas por personajes que primero en conferencias y entrevistas y luego en textos escritos, abrían desde el estructuralismo nuevas ventanas hacia el horizonte de los hechos humanos como estructuras analizables y formalizables; fue el «Curso de lingüística general» de Ferdinand de Saussure el punto de partida, pues estudiado en el COU de 1970 en mi ciudad, me hizo interesar por este movimiento que mostraba las estructuras que generan el significado de un texto dentro de una cultura. Convirtiendo el «signo» en un punto central de reflexión, generan un método, conceptos y términos que configuran una teoría aplicada con mayor o menor acierto a los distintos sectores de la realidad que se integran en una cultura y así a los sistemas de parentesco o a los mitos lo vimos aplicado en las obras de Claude Lèvy-Strauss, Jacques Lacan lo hace con el psicoanálisis y por más que no siempre quiera reconocerlo Michel Foucault lo utiliza en «palabras y cosas» y por lo que hace a la romanística a alguno les llevó a caer en el marxismo y a otros a denostarlo para que no se les acusara de tales imposturas y aconsejaban que no se perdiera el tiempo en lecturas o autores como Max Weber. Por todo esto las conferencias de Dario Mantovani primero y el anuncio del libro después nos atrajeron pues el estudiar las obras de los juristas romanos como totalidad en el sentido de Jean Piaget o el mostrar el dinamismo de las instituciones en el tiempo expresado en opiniones divergentes de los distintos juristas en lo que se configura como la historia de una figura jurídica de construcción jurisprudencial, nos interesó. El Derecho romano es un sistema o tal vez un orden de signos normativos creados por los juristas que configuran una

lengua escrita con un estilo y una forma específica presidida por el color rojo. Reflexionar sobre qué puede proyectar un jurista que le sea propio y personal sobre un texto, frecuencia de uso de un término, indicios para los cazadores de interpolaciones justinianas o glosas anteriores, son temas que esperábamos serían tratados en el libro de Mantovani cuando sólo conocíamos su título y el ejemplar se hacía esperar seguramente por problemas de edición o de perfeccionismo.

Leído en un verano ibicenco, todo el trabajo de Mantovani me recordó con gusto a aquella memoria que en su momento tuvimos que hacer quienes opositamos por el sistema tradicional a las cátedras de universidad y que tenía por objeto presentar ante el tribunal cuales eran las posiciones desde las cuales el concursante partía para la comprensión de la materia a estudiar y enseñar; memoria sobre la que el maestro don Álvaro d'Ors siempre nos hacía la reflexión de que realmente no era el momento oportuno para exigir esa madurez que requiere la elaboración de un trabajo de ese tipo que solo debería exigirse pasados unos años en el desempeño de la cátedra universitaria, pues estos presupuestos, horizonte o posiciones programáticas necesitan un nivel de madurez intelectual y comprensión de los límites de la materia enseñada que no es real exigir a quien se inicia en la carrera docente universitaria. Es en cambio muy de agradecer que el profesor Mantovani alcanzada la madurez personal e intelectual se haya decidido a realizar una reflexión de conjunto como la que muestra la obra que nos interesa. Ya desde el prólogo donde se refiere a la pobreza extrema de la transmisión de los textos de los juristas romanos y al estado fragmentario en que nos han llegado, el autor demuestra que es una obra escrita después de muchas otras donde abordó temas importantes y específicos. Después de reflexionar de cómo entre el siglo XI y el siglo XIX los fragmentos de los juristas romanos se impusieron como textos normativos, constituyendo el derecho común en vigor en Europa y con fuerza para reglamentar la vida de los ciudadanos como la reglamentaban los grandes libros sagrados, se pregunta por la fisonomía original y el espíritu que animaba esas obras redactadas entre el siglo II a.C. y el siglo III d.C., de las cuales en el Digesto se nos conservó un 5 % de los textos jurídicos que circulaban en el siglo VI. La literatura de los juristas romanos fue una literatura influyente a la que el Digesto habría ensombrecido; el autor parte en su consideración de la literatura jurídica romana de lo que pensarían los lectores de su época acerca de los textos leídos en aquel momento. Se plantea la pregunta de ¿Qué entendemos por literatura? ¿Qué es literatura? tratando del continente y del contenido, planteándose si las proposiciones normativas tienen belleza literaria y mostrando como

los romanos tenían una concepción extensa y graduada del campo literario. En el derecho romano hay varias paradojas y cuando hay una paradoja hay una pregunta y este libro viene a contestar documentadamente a algunas de ellas. En su pensamiento subyace la idea de deshacer lo hecho por Justiniano cuando han pasado 200 años de la aparición del palimpsesto con las Instituciones de Gayo. Separados los textos de los juristas del campo literario y reubicados en la posición de textos técnicos se vieron privados de la iluminación que los latinistas podrían aportar para la fijación y reconstrucción de los textos de la historia del derecho de Roma. Siendo que en Roma los primeros escritores fueron legisladores y juristas, para tratar ese producto cultural de la manera más realista posible es necesario analizar su lenguaje y su transmisión.

III. ¿EXISTIÓ UNA LITERATURA JURÍDICA?

¿Existió una literatura jurídica?, presentado como un interrogante más que retórico, Mantovani busca la respuesta en lo dicho por los lectores acerca de esos libros jurídicos que en el paisaje literario destacaban por rúbricas en tinta roja. Para que exista una literatura se necesitan escritores, lenguaje, textos, público. Por lo que se refiere a la literatura jurídica romana se habla de escritores, los juristas; menos de texto y lenguaje; y nunca se ha hablado del público lector, los destinatarios del mensaje contenido en esos textos; esto es lo que con un sentido muy novedoso hace Mantovani; es decir, sintetizando, por sus obras conoceréis a los juristas, estando los autores en segundo plano y poniendo a los lectores como protagonistas. Al dar la palabra al público debe evitarse el riesgo de proyectar las propias ideas en las respuestas y, por ello, más que una definición nos propone una aproximación conceptual a la literatura, comenzando por plantearse si los lectores eran conscientes de la presencia específica de libros de juristas, pues, cuando se estudia la reflexión hecha sobre literatura latina en general, se aprecia que no se examina de modo específico el caso de los juristas. La «Palingenesia» de Lenel disipa, por otra parte, cualquier duda acerca de la existencia de una literatura jurídica pues en ella se recoge la colección de obras que desde el siglo II a.C. y hasta Diocleciano, contienen el derecho romano, reconstruidas a partir de fragmentos del Digesto de Justiniano. ¿Han tenido los lectores la suerte de consultar las obras de los juristas? ¿Tendremos nosotros esa suerte, me pregunto yo? ¿Qué tipo de lectores se fijaron y fueron atraídos por esas obras?

IV. LA RESPUESTA DE LOS ANTIGUOS

Mantovani se interesa por la respuesta de los antiguos, incluso de aquellos que fueron decepcionados por su lectura, y configura así una imagen del público a través de los textos del público lector. ¿Qué recepción tuvieron las obras de los juristas? ¿Cuál fue su difusión? ¿Cómo circularon? ¿A qué grupos sociales iban dirigidas?; es decir, el autor se propone llegar al interior de los textos desde fuera, no ver el tren pasar sino subirse en él y comienza así su apasionante y documentado viaje con el banquete de Trimalción que Petronio refiere como ejemplo de tertulia acerca de los jóvenes, su educación y los medios más adecuados para lograrla. Habla Echió, un mercader de tejidos, poco cultivado y a quien le interesa para su hijo una educación que se pueda rentabilizar y que, para ello, le compró a su hijo libros con títulos en tinta roja; se trataría de una conversación con la que Petronio se burla de los ignorantes que no tienen vergüenza en opinar sobre educación, un coto abierto a todos los opinantes. El diálogo nos descubre como los textos jurídicos son identificados, a los ojos del público, por esta característica de tener líneas escritas con tinta roja como aparecerían en las obras de Masurio Sabino y de ahí pasarían a ser una forma de referirse e identificar visualmente los libros de derecho romano, así lo hacían Quintiliano y Juvenal. Mantovani estudia el papiro Michigan 7,456 y el papiro Yale Inv 11584, donde por el tono se trataría de un comentario al procedimiento establecido en el edicto del pretor para ventas en pública subasta y vendría a desmentir la idea muy enraizada de que las rúbricas en rojo aparecerían solo en títulos en libros jurídicos con la forma de «codex» en el siglo III o IV d.C., pues el papiro mostraría que ya había rúbricas en «volumina» en rollos, lo cual viene a testimoniar la existencia de una literatura jurídica con identidad ya reconocida por sus contemporáneos y visualizada como un género; aunque es necesario conducirse con la prudencia debida, pues cada libro antiguo tiene su propia historia y su aspecto gráfico a gusto del copista y de quien lo haya encargado. Otro factor, que refuerza la fisonomía de los textos jurisprudenciales, viene dado por el hecho de que a finales de la República las leyes grabadas en bronce y expuestas en lugares públicos eran reconocidas por sus rúbricas. Se produce así la identificabilidad de lo jurídico por unos rasgos comunes: las rúbricas, que aparecerían en los escritos de los juristas, las leyes y los edictos. El público estaba así familiarizado con los escritos jurídicos que fueron pasando por diversos soportes, funciones y destinatarios. Una «R tachada» aparecía en los textos legislativos en bronce y hubiera estado en rojo de permitirlo el material. Son elementos paratextuales que nos descubren la familia de los textos jurídicos y generan familiaridad gráfica que se aprecia intuiti-

vamente por quien los ve. En este sentido, compara un capítulo de la *Lex Irnitana* con los papiros ante referidos. También nos descubre la semejanza con inscripciones grabadas en mármol y fijadas en público que describían los juegos seculares del 17 a.C. y con las actas de la cofradía de los Hermanos Arvales; con semejanzas en el diseño, se subrayan los vínculos de unión de lo religioso con la vida cívica. Rúbricas, capítulos, y siglas, que provocaban oscuridad pero permitían escribir más rápido y economizar espacio y que exigieron que Valerio Probo escribiese un manual para descifrarlas, son propias de los textos jurídicos. Las abreviaturas eran típicas para locuciones propias de acciones y estipulaciones y generaban esa oscuridad a la que se refiere la Constitución Tanta 22. Se plantea Mantovani si la circulación de formatos iría de inscripciones a papiros o sería al revés; en todo caso el número de soportes utilizados fue amplio, así papiros, pergaminos, bronces, tablas de cera y de madera pulida y blanqueada, fueron utilizados. Habría una influencia recíproca entre los diferentes tipos de soportes de la escritura jurídica y así se genera la idea de que un texto de Masurio Sabino tenía el mismo valor normativo que una ley. El conjunto de comparaciones que realiza el autor confirman como acertada la caracterización hecha por Petronio de los libros jurisprudenciales y aunque con variaciones de un ejemplar a otro, esa caracterización les hace inmediatamente reconocibles por el público, reforzando, además, la identidad con la semejanza gráfica con otros escritos jurídicos y, así, para Persio el capítulo de una obra jurisprudencial de Masurio podía prohibir, «vetare», igual que lo hace una ley. Las obras de los juristas estaban, en primer lugar, destinadas a los propios juristas y la simetría entre las leyes y los libros de juristas no era solo gráfica, para la vista, sino estilística, para el oído. ¿Qué lugar asignaban a los textos jurídicos en la constelación literaria? ¿Cuál es el público capaz de reconocer los libros jurisprudenciales entre los otros textos? El paratexto no es solo un hecho exterior al texto sino que revela la orientación del libro hacia un lector determinado. En la lectura de los textos jurisprudenciales, las rúbricas le orientan al lector en el manejo de las obras, pues no son libros que se lean desde principio a fin sino que se emplean de modo utilitario localizando y seleccionando los pasajes a leer en razón de la cuestión abordada. Los primeros destinatarios de estos textos fueron el círculo de quienes los escribían, lo que generaba un diálogo permanente con los libros de sus predecesores. Como experiencia del diálogo entre el jurista escritor y los libros de sus predecesores, analiza Mantovani un texto de Ulpiano, extraído del libro 17 de los comentarios a Sabino, jurista del siglo I d.C.; como sabemos, Ulpiano, de la época de los Severos dialoga con Sabino a través de las obras de este último, así lo vemos en *Fragmenta vaticana* 75,3, es decir, a través de una transmisión fuera del

Digesto y, por ello, al margen de la simplificación de Justiniano, emperador y legislador. En el fragmento vaticano aparecen las opiniones de los juristas y la solución mientras que en D. 7.2.1.2 las opiniones de los juristas fueron suprimidas y la solución fue conservada. El tema controvertido versaba acerca de un legado de usufructo dejado a un esclavo en copropiedad de dos dueños y además y separadamente dejado también a un tercero. La narración expuesta se apoyaba en un presupuesto no explicitado por Ulpiano por ser un conocimiento tácito, propio de los tratados técnicos y consistente en que, como era ya sabido, el legado dejado a un esclavo es adquirido por su amo pues el esclavo no es sujeto de derecho a este efecto. El problema surgió cuando uno de los dos propietarios del esclavo no adquirió su parte del legado y consistía en preguntarse a quien va a parar esta parte del usufructo no adquirida, ¿se debe dividir entre el copropietario y el tercero Ticio? Según Juliano la parte no adquirida revierte al otro copropietario pues el legado había sido destinado al esclavo, es decir, conjuntamente a los dos copropietarios. Ni Marcelo ni Mauriciano han aceptado la opinión de Juliano y Papiniano en el libro 17 de las Cuestiones se alejó también de aquella opinión. Esta era ya la opinión de Neracio como se lee en el libro primero de Respuestas. Ulpiano se pronuncia a favor de Juliano pero subraya que Pomponio en el libro séptimo del comentario a Plautio recordaba que ciertos juristas eran de una opinión diferente. Aquí vemos como Ulpiano escribe esta página hacia el 212 d.C., y cita la opinión de Papiniano muerto el 211 ó 212 d.C., de los aludidos, Marcelo es consejero de Antonino Pío (138-161) y Marco Aurelio (161-180), Mauriciano es contemporáneo de Marcelo; Pomponio es más o menos de la misma generación; Juliano fue cónsul ordinario en el 148 d.C., y Neracio fue cónsul sufecto en el 97 d.C., pero, antes vivió Plautio, cuya obra comentó Pomponio. Por otra parte la obra de Ulpiano, de donde fue extraída esa página, es en su conjunto un comentario al pensamiento de un jurista aún más antiguo que los citados que es Masurio Sabino, jefe de la Escuela que toma su nombre y cuya actividad culmina con Augusto, Tiberio y puede que hasta Nerón. Para Mantovani las citas de Ulpiano configuran un «presente dilatado» y un «espacio literario» que tiene en la escritura un testimonio y la condición de su existencia misma pues no existe fuera de ella. Los escritos de los juristas son ellos mismos los creadores de la disciplina, es decir, producen derecho y esto marca la diferencia de otras literaturas técnicas, en que se exponen en gran parte conocimientos ya desarrollados por otros, así sucede con los tratados latinos de retórica que adaptaban temas ya largamente tratados en Grecia. La jurisprudencia romana, puesta por escrito, no es simplemente un modo de pensar meramente intelectual sino que es un elemento de la producción del derecho.

V. LA CREACIÓN DEL DERECHO EN ROMA

La creación del derecho tiene en Roma pues naturaleza libresca al hacerse en el diálogo entre los juristas a través de sus obras escritas. Ulpiano vemos que no se olvida de citar el título y el número del libro en el que ha leído las opiniones referidas por él; solo hace una excepción con las referencias a Mauriciano y Marcelo donde no cita el título de la obra, ello se debe a que las opiniones de estos dos juristas eran solidarias, como notas a pie de página, con los digestos de Juliano; eran metatextos que no circulaban de manera autónoma, por lo que era suficiente referirse al libro anotado; esta práctica de la anotación, nos descubre el nivel de «literalización» alcanzado por el Derecho a comienzos del Principado. Ciertos libros de juristas tomaron el estatuto de autoridades y fueron así objeto de reflexiones para otros juristas. En algunos supuestos el comentario llegó a ser tan importante que mantuvo la obra viva con el precio de absorber totalmente al original comentado; es el caso de Sabino, en que los tres volúmenes originales fueron comentados por Ulpiano hasta convertirse en 51 volúmenes. Así, de esta forma, progresaba la reflexión de los juristas, así se formulaba continua y dinámicamente; así, con un movimiento centrípeto y con reproducción endógeno y, así, se separaba más el derecho de los otros géneros literarios. El caso del legado de usufructo al esclavo y a un tercero Ticio, sería un caso que circulaba por escrito desde hacía un siglo al menos y Ulpiano se unió a la cadena de juristas que lo discutieron, pero no era un caso teórico sin utilidad práctica sino que tenía interés tanto para los jueces como para las partes afectadas en casos semejantes. Se trataba de un problema con tradición intelectual, «tesaurizado» por la escritura. La «literalización» no era una simple recolección-resumen de precedentes, pues cada opinión evocada era divergente y se apoyaba en una argumentación racional; Ulpiano se pronuncia y lo hace a favor de Juliano. Ulpiano sintetiza la solución diciendo que «hasta el momento en que al menos un usufructuario se sirve ... el usufructo permanece en su estado». Esta afirmación originó un montón de interpretaciones entre los comentaristas modernos. Debía ser entonces una explicación clara y resultó ser extremadamente oscura. Sabemos que a los romanos ciertas formas de expresarse de los juristas les resultaban misteriosas, oraculares, aunque empleasen términos de la lengua común, a veces por el carácter elíptico de la frase. Hubo también una circulación más allá del círculo de sólo especialistas; aunque, el hecho de que pocos prefacios de libros jurídicos se hayan conservado, dificulta el deducir a que destinatarios iban dirigidos. Sabemos que un preámbulo abría el comentario de Gayo a las Doce Tablas y que Modestino colocó una carta a Egnatius Dexter en cabeza de

su tratado de excusas a la tutela, también que las Instituciones de Ulpiano comenzaban con un breve prefacio animando a la juventud estudiosa. Estos poco numerosos prefacios introducen obras que buscan un público más amplio que el habitual y tienen intención didáctica, erudita por lo que una obra «legislativa» como el Digesto de Justiniano no podía conservar los múltiples prefacios tomados de las obras de los juristas. Justiniano tomó algunos para señalar ciertos aspectos del Digesto, eligiéndolos en razón de particularidades como su riqueza; Las obras originales de los juristas debían seguramente contener prefacios más numerosos que aquellos conservados, serían en su mayoría prólogos cortos y centrados en el tema jurídico tratado, pues contemplaban como lectores ideales a los juristas y no necesitaban ceremoniosas introducciones, dada la simetría existente entre el emisorredactor y el receptorlector, también un jurista. Además de los grandes juristas que conocemos, nos hace presente Mantovani la existencia en Italia y provincias de una capa de juristas que no dejaron traza escrita de su trabajo pero que eran necesarios para el funcionamiento diario del Derecho ya como consejeros y redactores de actos jurídicos y fórmulas de acciones ejercitables ante magistrados y jueces legos en derecho, pues en municipios latinos se aplicaba derecho romano ya antes de la Constitución antoniniana del 212, y bajo el papel del derecho romano como «razón de imperio» se entrevé el papel jugado por la literatura jurídica, cuyo estilo y forma material se adaptaba perfectamente a esta difusión capilar del derecho pues fueron las primeras o entre las primeras, las obras jurídicas, quienes adoptaron la forma de «codex», con el texto en el centro y los márgenes libres como se observa en el pasaje del «Manualia» de Paulo, conservado en Viena, en un fragmento de pergamino, proveniente de Egipto, con escritura muy pequeña, rúbricas en tinta roja, datado paleográficamente en siglo IV-V, y al que se refiere Mantovani como aún inédito, y válido para atestiguar la larga duración de la difusión del Derecho romano clásico. Los juristas escritores constituían el primer círculo de lectores, no la totalidad. Entre las precisiones que realiza está el que los juristas romanos no han escrito nuevas obras después del siglo III, siendo la generación que sucede a Ulpiano y Paulo, aquella de Marciano y Modestino la que ha representado el último paso de esta literatura, pues Hermogeniano y Arcadio Carisio son epígonos. Pero que se haya detenido la producción original no significa la desaparición de la cultura jurídica, pues los libros de los juristas precedentes se transforman en clásicos y se constituyen en un canon cerrado de autoridad creciente, siendo la «estructura oculta del derecho romano» como lo demuestra su copia y circulación durante los siglos IV y V, que es oculta porque el Digesto en el siglo VI interrumpió su reproducción, al ser su uso expresamente prohibido por Justiniano, *Constitutio*

Tanta 19. Uno de los hilos argumentales de la obra de Mantovani es pues la circulación de los libros jurídicos, lo que le lleva a estudiar la quema de libros en Antioquía de que informa Amiano Marcelino (29,1,41), pues en el 371 la represión desencadenada por el emperador Valerio Valente mandó destruir los libros de magia e innumerables libros fueron quemados siendo la mayoría de títulos de disciplinas liberales y derecho. Trae al argumento Pauli Sententiae 5.23.18 donde se señala que no se podían tener libros de magia y si los encontraban el patrimonio era confiscado, los libros son quemados en público y a quienes se los encontraron eran deportados a una isla por lo que los propietarios echaron al fuego sus bibliotecas por precaución. También los recientes inventarios de papiros y pergaminos de origen arqueológico y que se datan entre el siglo I y el VII d.C., revelan que más de la mitad de los fragmentos literarios latinos hallados tienen contenido jurídico y las investigaciones en curso añaden todavía más, de lo que con prudencia deduce por la cantidad que en el Oriente helenófono los libros de juristas se difundieron casi tanto como la literatura artística de Terencio, Cicerón, Virgilio, Tito Livio, Salustio. ¿Con que fin se copiaron, circularon y se encontraban en las bibliotecas los *libri iuris*? Partiendo del pasaje de Petronio y la conversación de Échion, quien adquirió libros *rubricata* para que su hijo aprendiese derecho, aísla una nueva categoría de lectores de libros jurídicos: los estudiantes autodidactas, porque sorpresa, se piensa que el sistema de aprendizaje era el del pasante, es decir, el que escuchaba a un jurista experto dar respuestas a sus clientes, pero había también otros, aunque no podamos suponer la existencia de empresas dedicadas a la transcripción de libros, pero, sin embargo, la circulación no se limitaba a la simple copia privada y sí se puede pensar en encargos de copiar libros, pues desde el Principado se debilita el control de la aristocracia sobre la transmisión del conocimiento y hay una mayor movilidad social, así, Échion y su hijo que son libertos y quieren, sin embargo, libros de derecho. También las Tablettes de Pouzzole expresan la familiaridad de libertos con el derecho. Libros de derecho se utilizaban para la formación de jóvenes oradores, que era principalmente retórica, y así Quintiliano (35 d.C.) 12.3.20 y 12.3.8, advierte a los jóvenes oradores sobre que es necesario completar la formación, eliminar la ignorancia personal con la consulta a un experto en el momento del proceso ¿y si no hay?, el orador debe ser autónomo, poseer cultura jurídica suficiente, extraída de los libros. Esta demanda creciente del público vencerá la resistencia de los juristas a redactar manuales, y será Gayo, en la época de los Antoninos quién lo hará con notable éxito y para un público ya más extenso. Surgió así una literatura identificable por su formato y que gozó de una notable circulación y cuya extensión podemos delimitar a partir de la enumeración contenida en tres catálo-

gos de autores y obras conservadas: 1. Enquiridión de Sexto Pomponio; 2. La ley de Valentiniano III del 426 que señala qué escritos de juristas podrían ser aducidos en justicia. 3. El *Index Florentinus*; que nos descubre un Catálogo de autores u obras de un género de la literatura o el pensamiento jurídico tenidos por modélicos y que conforman un «canon cerrado». La literatura jurídica era un registro de la disciplina, «haciéndose», efectuado por sus mismos protagonistas, por lo que llega el momento de preguntarse como en su momento lo hizo JP Sartre ¿Qué es una literatura? Para así valorar la posibilidad o intento de aplicar y calificar a los libros de los juristas con la luz de las definiciones de literatura que dieron los antiguos, es decir, de contestar a las preguntas ¿Son literatura los libros de los juristas según los antiguos? ¿Por qué una obra se define como literaria?, para lo cual parte Mantovani de la premisa de que no conocían un término global abstracto como el de literatura, en el sentido afirmado en los siglos XVIII y XIX, donde se designa al tiempo que la «estética» es el arte de pensar lo bello, así la obra literaria se define por criterios estéticos y no de contenido, como un texto escrito, capaz de producir belleza, satisface nuestro conocimiento sensible porque moviliza la imaginación, la emoción, y es distinto de la racionalidad; es el placer del texto en sí mismo lo definitorio, la unión de literatura y estética, que en España representaba Eugenio d'Ors, Xenius, y que consagra la autonomía del escritor, del autor frente a la sociedad, por la función poética del lenguaje centrado en el mensaje en cuanto tal y que generó la especialización de las disciplinas y su encuadramiento académico hasta generar la «Teoría de la literatura» para separar lo que antes estaba unido y distinguir el campo estético-literario de la invención, lo que podría ser, no lo que es, de la ciencia y la erudición. La literatura de creación, invención, afirma la capacidad superior para hablar de lo universal, lo común, y va surgiendo así la idea de las dos culturas una de la historia, como lo ya sucedido y otra de la poesía, lo que habría podido suceder. Viene a mi memoria en este momento la creación y dedicación por Xenius a la «ciencia de la cultura», algunos de cuyos esquemas mentales creo reconocer de modo casual que no causal en la obra de Mantovani, tal vez porque miro a través de ellos o de la reconsideración hecha por su hijo Álvaro d'Ors al traerlos al Derecho romano. Ya en Aristóteles la poesía –lo universal– era superior a la historia, lo particular; y con este conjunto de factores e ideas se explica la reticencia de los manuales de literatura latina para incluir los textos jurídicos en una categoría unida a lo bello, lo universal y la solución alternativa de instaurar una categoría específica de literatura técnica, técnico-científica o de textos prácticos, lo que formaliza de manera positiva una característica negativa y de exclusión de los libros jurídicos del campo de las bellas letras. En la antigüedad no se elaboró

una teoría acabada de los géneros y estilos de lo que debe incluirse en la llamada «Fachliteratur» y si un conjunto textual tan deslumbrante como el de los juristas permanece en la sombra, casi invisible, es para Mantovani por el efecto que ejercen las bellas letras de un atractivo cegador, pues aunque en la Antigüedad falte un término para la noción abstracta de literatura, está claro que sólo la «prosa con arte» pertenece a la literatura pues adopta las reglas de la retórica y los artificios estilistas, teniendo esa la prosa una afinidad notable con noción moderna de literatura basada en la estética. Si se adopta esta perspectiva se justifica la exclusión de los juristas de la literatura; pero en otros contextos aplicaban otros criterios distintos como la posición del autor y el nivel atribuido al contenido en la jerarquía de los saberes de la época. Cuando Mantovani se centra en volver a la Antigüedad le surge una convicción difusa, pues, en Roma hay tres géneros de prosa (elocuencia, historiografía y filosofía) que son expresamente considerados como artísticos porque hacen un uso intenso de artificios estilísticos, y se plantea si ¿sólo la prosa con arte es literatura pues se adapta a las reglas de la retórica? Esta convicción la vemos confirmada con la lectura del orador de Cicerón y por Quintiliano en el capítulo consagrado a la «crítica literaria» y por eso han elegido tres géneros de prosa, el orador, el historiador y los filósofos; pero ello no significa que consideren que sólo estos géneros sean dignos de entrar en el campo literario sino que son el nivel más elevado de *elocutio*; se adhieren al espíritu griego y es sabido que los griegos no poseyeron una literatura jurídica como la romana por lo que el modelo tomado en Grecia no se adaptaba a la recepción en su seno de un fenómeno tan típicamente romano como es la jurisprudencia y nos sugiere no concebir el espacio de la prosa literaria antigua como la yuxtaposición de un número de géneros bien delimitados sino concebirlo como un espacio dividido en grados donde el centro lo ocupan los oradores, a los lados están textos de Historia y Filosofía y más lejos textos que usan en menor medida de los recursos retóricos sin renunciar totalmente a ellos, es decir, adoptar una perspectiva multidimensional que se ajusta al caso de la jurisprudencia romana, por su flexibilidad, incluyendo así como literario el «estilo de los juristas, bello por su precisión». Las obras de los juristas presentan formas y contenidos variados, un caleidoscopio que va de la selección de reglas, colecciones de respuestas, comentarios sobre textos normativos, comentarios sobre obras de juristas precedentes, instrucciones para magistrados y funcionarios a manuales didácticos y en el interior de una misma obra las formas se pueden contaminar, pues en un comentario al edicto del pretor hay textos normativos, fórmulas procesales, interpretación de términos, reglas jurisprudenciales y casuística, por lo que una evaluación sólo sobre criterios estilísticos exige diferenciaciones siempre

matizadas. El propósito de Dario Mantovani es claro y se dirige a caracterizar la literatura jurídica romana en su conjunto y por relación y oposición a otros géneros y para ello renuncia, lógicamente, a referirse a la variedad de subgéneros y renuncia también a considerar esa conocida evolución que afecta a la escritura de los juristas durante esos cinco siglos que van de Sexto Elio, cónsul 198 a.C., hasta los últimos juristas escritores en la época de Diocleciano. ¿Qué caracteres comunes impactaron a los lectores antiguos cuando ellos mismos identifican los libros de los juristas como un género en sí? Indudablemente, estos caracteres no eran solo estilísticos; analiza la posición que con Fritz Schulz a la cabeza, hacía que numerosos sabios, así los califica, consideraran que el estilo de los juristas se inscribía en uno de los tres géneros «*dicendi*» de la retórica: *subtile, modicum, vehemens*. Habrían adoptado el género sutil, definido en la Retórica *ad Herennium* como *attenuata* consistente en la práctica más corriente de un lenguaje correcto y que se identifica con el aticismo que es delicadeza, elegancia propia de escritores y oradores atenienses de la época clásica. Para Mantovani reconducir el estilo de los juristas a uno de los *genera dicendi* es una simplificación, lindante con lo equivoco, siendo –literal lo digo–, atractiva como todos los equívocos de este genial romanista, romanista genial, que era Schulz. Por lo que hace a la relación del texto con el estilo, nos dice que la debe gobernar el principio de lo adecuado, del *decorum*, y a cada texto su estilo pues la elección del estilo depende de la función del texto, sea esta enseñar, agradar, conmover, con el vigor racional, la dulzura emotiva o la vehemencia patética; también, depende el estilo de la naturaleza del tema tratado, es decir, a la par y al nivel de las ideas tratadas; para enseñar el estilo será argumentativo y modesto, buscando instruir al auditorio con precisión. El objeto del derecho privado, *res parva*, recomienda un nivel estilístico bajo, evitado será el ridículo de la grandilocuencia; siendo muy distinto de aquel estilo que sería adecuado para un proceso criminal de majestad en donde estuviese en juego la grandeza del pueblo romano o cuando se trate del discurso de un defensor judicial. Se hace la comparación del *Pro Caecina* de Cicerón, posiblemente del 69 a.C., alegato judicial oral con lo dicho por Ulpiano, D.43.16.3.2, en el texto escrito jurisprudencial, ambos en relación a la expulsión con armas; la ciceroniana es una comunicación extrovertida focalizada en el interlocutor, mientras la de Ulpiano es una comunicación introvertida centrada en el enunciado, de tono austero, que se aproxima a la regla o al estilo de la ley sin isocolon, ni hipébaton, ni hipéboles, pues los escritos de los juristas se dirigen a instruir. El estilo es también distinto si se compara con las *declamationes*, con las controversias, donde actúan litigantes ficticios y que se pronunciaban en las escuelas. La distancia entre los discursos y la prosa jurídica

no significa excluir a la prosa jurídica del campo literario, pero sí colocarla «a los márgenes del espacio literario»; una idea ya presente en Quintiliano, 11.2.41, en aquel capítulo en que el profesor de retórica recomienda ejercicios para reforzar la memoria y propone una aproximación gradual para progresar sin fatigarse, pues la molestia del aprendizaje se atenúa comenzando por pasajes cortos; se añadirá cada día una línea y se llegará a no tener límites; se usarán al principio textos poéticos, después los discursos y finalmente textos, sin ritmo y más alejados del uso oratorio, como los textos de los jurisconsultos. Quintiliano nos presenta con sus palabras una representación mental del «campo literario», como un espacio, dotado de una extensión y graduado, donde cada texto se encuentra a una distancia más o menos grande del centro, constituido por la prosa oratoria (*usus dicendi*). Aquí está la clave de la comprensión para interpretar la obra de Dario Mantovani, se trata del campo literario, sus dimensiones y su carácter graduado en relación a un centro que ocupa la prosa oratoria. Así comprendemos su pregunta de si existió una literatura jurídica romana. Los escritos de los juristas aunque desprovistos de métrica y de cláusulas rítmicas están explícitamente en el espacio literario, no son totalmente heterogéneos en relación a los otros géneros pues en tal caso Quintiliano no los habría recomendado; la materia de los libros jurídicos impregna los discursos judiciales y esto los atrae a la órbita literaria y su utilidad para los futuros oradores hace que los ponga al lado de las obras de historiadores y filósofos. El orador perfecto debe conocer el derecho civil (Cicerón, *Topica* 9; Quintiliano 12.31), pues los libros de los juristas no son un peso muerto para entrenar, como hacen los atletas, sino un saber útil y necesario incluso imprescindible, pero no es una cuestión solo de mera utilidad, pues pese a la marginalidad –en los márgenes– en el plano estilístico, la *elocutio*, eran percibidos como un género de valor por su posición elevada en la escala sociocultural, se valora el derecho por los clásicos de la Antigüedad y por consecuencia se valoran las obras jurídicas y llega a decirse que despreciar la autoridad del derecho civil llegaría a destruir los lazos de la vida en común (Cicerón, *Caec.* 70). El derecho tiene una utilidad prestigiosa reflejo de la majestad de la ciudad y ocupa el rango más alto al lado del arte oratorio y el arte militar; jerarquía que se corresponde con la extracción social también elevada de los juristas escritores que pertenecían a la aristocracia noble o al menos senatorial o en todo caso al rango ecuestre. Cicerón nos informa de que el conocimiento del derecho para la oratoria es de gran valor, tiene amplias aplicaciones, fue honrado en todo tiempo y son ciudadanos ilustres quienes lo cultivan y sus palabras, nos dice Mantovani, son válidas sin grandes cambios hasta la época de los Severos. Para comprender la mentalidad de los Antiguos sobre el Derecho y las obras

jurídicas es preciso desplazarse del plano estilístico y evitar los juicios demasiado afilados, cortantes, emitidos por el simple placer de incluir o excluir un género en una categoría, pues los factores a valorar son múltiples y entre ellos el que pese a la modestia de la disciplina, goza de primacía cívica y a pesar de la rutina cotidiana de dar respuestas a clientes, genera grandeza en aquellos que la profesan. Hay una polaridad subrayable también entre los Antiguos y esta tensión hay que tenerla en cuenta a la hora de comprender la situación particular de los libros jurídicos en el espacio literario. De su forma, contenido, perfil sociológico y presentación de los escritos, dependía la posición que los Antiguos asignaban a las obras jurídicas en el espacio literario romano. ¿Qué lección saca Mantovani de las fuentes en este apartado? Concluye que si no nos limitamos solo al nivel de estilo, sino que valoramos el resultado de todas esas dimensiones, antes expuestas, los escritos de los juristas, sin ninguna duda, serían acogidos en el espacio literario romano. ¿Por qué una literatura jurídica tan imponente y de identidad tan marcada ha llegado a ser invisible? ¡roja pero invisible! La respuesta la encuentra en la sombra con que le ha recubierto el Digesto; es la sombra de la noche, arrojada retrospectivamente sobre los juristas de los cuales el Digesto se ha nutrido, que como la ballena hizo con Jonás, los ha engullido.

VI. EL USO DEL DIGESTO EN EUROPA

El uso del Digesto en Europa, desde la Edad Media hasta el umbral de la época contemporánea ha contribuido a desviar la atención de las obras de los juristas, pues en las universidades y en los tribunales lo que cuenta es el valor normativo del Digesto y preferían considerarlo una amalgama mejor que reconocer su origen compuesto, lo que habría permitido aflorar la identidad literaria de cada fragmento y la obra de dónde provenía. La Recepción utilitaria del Digesto después de ser redescubierto en Bolonia, ha focalizado la atención sobre el fondo sin fomentar el saboreo de las cualidades expresivas. Cuando Mantovani interroga al público de los lectores antiguos, la reacción de estos puede sugerir otras respuestas y en particular aquella de que quizá la literatura jurídica contenía ya el presagio de su desaparición y este presagio anidaba en lo que en el curso de los siglos ha sido considerado como el elogio más grande dirigido a los juristas romanos: el dedicar una atención inigualada al sentido propio de las palabras, lo que causaba admiración en los humanistas como Lorenzo Valla o Guillaume Budé, que deseaban hacer renacer la *elegantia* y la exactitud de la lengua latina, pero, resalta Mantovani, lo que en el contexto de

Quintiliano era una observación de tipo estilístico y circunstancial, se transformó por exceso, en un elogio general del estilo de los juristas y en una trampa, pues para obtener claridad, sobre todo cuando se trata de temas menores, estos deben ser expresados en términos corrientes, *verba usitata*, apropiados, *verba propria* y aunque Quintiliano recordaba como los juristas no han podido siempre resistirse a las metáforas, *verba translata*, como cuando han dicho al definir la ribera, *litus*, «que es el lugar donde juegan las olas», definición formulada por Cayo Aquilio Galo que fingía basarla en la etimología pero en realidad explotaba semejanzas y la paranomasia, y pese a que las metáforas en los juristas eran ciertamente raras. El elogio de la exactitud lexical de los juristas, fue la razón de su prestigio entre los humanistas, y el presagio de su desaparición pues era la razón, a su vez, de que los lectores padeciesen al entrar en sus páginas: La *elegantia* llegó a ser una barrera y su obscuridad se opuso a la luz como característica del discurso con metáforas; así una carta de Sidonio Apolinario (*Ep.* 4.1) en la que trata de las razones de su amistad para con el destinatario de la carta Probus, y en donde una docena de géneros literarios son personificados a través de sus autores y caracterizados por un adjetivo sustantivado, es decir, una verdadera representación plástica del espacio literario de Roma, termina con la unión de obscuridad y jurista. ¿Por qué los escritos de los juristas son oscuros? ¿Acaso no eran célebres por su estilo plano y con exactitud y propiedad en las palabras? La obscuridad es un término técnico que indica un vicio del discurso y que puede tener varias causas como la brevedad exagerada (Cic. *De Orat.* 2.326), la longitud excesiva (Cic. *Inv.* 1.29) o el desorden (Cic. *De orat.* 3.50) y en el caso de los juristas, Mantovani encuentra la respuesta en Vitrubio, quien incrimina al léxico técnico, a las nociones propias del oficio, expresadas de manera no usual, lo que oscurece la percepción. Los escritos de los juristas, como los tratados de arquitectura, tienen términos capaces de suscitar obscuridad, no sólo en tanto que vocablos específicos sino que en su tecnicismo eran percibidos como términos arcaicos por los lectores y a veces incluso por los mismos juristas. El derecho se convirtió en un conservatorio de términos, de hechos de estilo y el vocabulario técnico en un obstáculo y el conservadurismo terminológico le aproximaba al lenguaje de las plegarias religiosas y, así, el derecho se aproximaba a la religión. Familiarizarse con los textos de los juristas permitía identificar y comprender los fósiles lexicales, de origen jurídico, incrustados ante todo en los versos de los poetas. Los libros de los jurisconsultos servían en la Antigüedad tardía para formar futuros juristas, y proporcionaban *lectiones* de pasajes a citar en la práctica judicial, siendo, además, en un contexto cultural más amplio, instrumentos para la exégesis y una fuente de referencias arcaicas para los escritores.

A Mantovani no le convence el aproximar el estilo de los juristas romanos a aquel de la literatura técnica, en particular a los *bonarum artium scriptores*; en la prosa de los juristas hay exigencias comunicacionales típicas de los textos destinados a *docere*, a la comunicación referencial, pero resuena una tonalidad diferente, calificable de brevedad normativa. Esa tonalidad particular la ve presente en los escritos jurídicos desde su prehistoria y la explica por el hecho de su larga experiencia en destilar reglas, pues, gracias al contacto siempre renovado con las leyes y los otros textos normativos, esta historia previa, se ha constituido en un presente perpetuo en la escritura de los juristas. El tipo de las reglas afinadas durante tres siglos alrededor del comienzo de la República, es la fuente secreta del estilo de los juristas. En la legislación al estilo breve de la arcaica, le sucede en el curso del siglo II a.C. un estilo casi opuesto, redundante y haciendo un uso bastante sistemático de la hipotaxis o subordinación, pero los juristas no fueron afectados por esta novedad estilística, que no respondía a sus necesidades expresivas. La tradición de las reglas sí enraíza en el estilo de la jurisprudencia produciendo brevedad informativa, economía de medios y estilización arcaizante. Con el emperador Constantino haciendo de crítico literario, nos da Mantovani la valoración de las Sentencias de Paulo frente al resto de la literatura jurídica «dura», diciendo que son un texto muy informativo y cuidadosamente simplificado y con intención didáctica; las Sentencias representan un buen compromiso entre lo técnico y la claridad del lenguaje, permitiendo así participar del conocimiento del derecho a un círculo más amplio de gobernados. Los historiadores del derecho modernos consideran *PS.*, como indignas de un jurista como Paulo, sin preocuparse de un juicio como el de Constantino sobre ellas. Concluye Dario Mantovani que los libros jurídicos eran la elaboración misma del derecho y, al tiempo, cumplían una función informativa como toda literatura técnica y una función prescriptiva. En suma, los libros de los juristas identificables gracias al rojo de sus rúbricas, eran sin embargo oscuros; por su contenido y por su estilo, fueron colocadas en un espacio ambiguo entre prescripción e información; estos libros, podían repeler a los lectores, como la tópica de Aristóteles (o uno de sus epitomes) desagradaban al jurista Trebacio Testa a causa de su «obscuritas» (Cic. *Top.* 3). En este sentido Échion, invitado de Trimalcion, habría precedido involuntariamente a Constantino y Sidonio Apolinar y muchos otros, en el terreno de la crítica literaria, y después de haber comprado libros de derecho, no se hacía ninguna ilusión de que su hijo los leyese pues ya entonces los libros rubricados no eran una lectura fácil para quien se dejaba más asustar por su austeridad que fascinar por la imagen del pasado que reflejaban y así desde la Antigüedad, las obras de los juristas se preparaban para llegar a ser invisibles, como se han

vuelto invisibles, digo yo, para nuestros universitarios, metros y metros de anaqueles llenos de libros; confiemos en que renazcan en soporte digital porque hayamos sabido escuchar el mensaje de los lectores. Concluyo diciendo que no he querido hacer ni crítica ni apología, esta última porque el autor no la necesita, la obra tampoco y yo no necesito hacerla; la crítica la dejo para quienes con mejor conocimiento que el mío tengan a bien hacerla y con ello revalorarán el valor de la obra en la que deberán buscarse todas las precisiones y notas que aquí podrían echarse en falta; por lo demás, para las otras partes del libro de Mantovani habrá tiempo y espacio en otras sedes y lugares, porque lo merecen.

LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS COMO METODOLOGÍA DE ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO ROMANO

Legal comparison and its relation to other disciplines as a methodology to harmonize and unify European Private Law in connection to Roman Law

RAMÓN HERRERA BRAVO
Universidad de Jaén

Resumen: Un análisis del papel de la Metodología comparativa como instrumento de unificación jurídica en el marco de la Unión Europea; y su relación con el derecho romano y su tradición, eficaz mecanismo de integración europea.

Palabras clave: Método comparado, Derecho Romano, *Ius Commune*, Tradición Romanística, Unión Europea

Abstract: An analysis of the role of comparative methodology as a tool of law unification within the framework of the European Union as well as its relationship to Roman Civil Law tradition. Effective mechanism to European Integration.

Keywords: Comparative Method, Roman Law, *Ius Commune*, Civil Law, European Union.

SUMARIO: I.–Introducción: La dialéctica entre el método comparado y el método histórico. II.–Antecedentes Históricos de la comparación jurídica: la irrupción contemporánea del Derecho Comparado. Ciencia o método. III.–La comparación jurídica y su relación con otras disciplinas jurídico-sociales. IV.–A modo de reflexión final: la comparación jurídica y su interconexión con el Derecho Romano de cara a la unificación y armonización jurídica europea.

I. INTRODUCCIÓN: LA DIALÉCTICA ENTRE EL MÉTODO COMPARADO Y EL MÉTODO HISTÓRICO

La comparación jurídica resulta de gran utilidad, pues cumple la función instrumental de acceder al conocimiento a través del espacio, permitiendo comprender nuestro propio ordenamiento en comparación con otros. Además, nos proporciona un instrumento que nos posibilita el acercamiento al «vocabulario jurídico» de los diferentes estados, constituyendo un lenguaje jurídico común, con el objetivo de elaborar una normativa lo más uniforme posible.

El recurso instrumental que nos proporciona la comparación jurídica es una línea de trabajo que nos guía hacia el objetivo de la «unificación jurídica» europea, llevando consigo la cuestión de la «armonización» y «convergencia» normativa. No obstante, aunque dichas cuestiones se enmarcan dentro de la Unión Europea, estos planteamientos no se convierten en los únicos casos relevantes, sino que a nivel internacional nos encontramos con una «Lex mercatoria» cada vez más extensa geográficamente. Así como la globalización con las repercusiones jurídicas que conlleva, siendo poderoso motor de unificación normativa¹. Además, los modernos retos que se presentan ante un mundo globalizado y uniforme provocan el estudio de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. De ahí que uno de los métodos más eficientes sea el de la comparación jurídica.

En la realidad político-jurídica de la Unión Europea estamos siendo testigos de diferentes retos de armonización y unificación ya sea económica, social, educativa, política, cultural y jurídica. Respecto a esta última los diferentes ordenamientos representan un obstáculo a la libre circulación de personas y mercancías; y genera incertidumbre acerca del derecho aplicable, así como dificultades a los contratantes para sopesar las consecuencias de sus propios

¹ Vid. sobre la comparación jurídica o derecho comparado en general: DAVID, R., JAUFFRET SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droits contemporains*, 10.ª ed., Editions Dalloz, Paris, 1992; ZWEIGERT, K, KÖTZ, H., *An introduction to comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 1987; SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996; GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado contemporaneo* (trad. esp. Fernández Campos-Verdera Ferrer), Colegio de Registradores de España, Madrid, 2000; PIZZORUSSO, A., *Curso de Derecho Comparado* (trad. esp. J. Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1987; DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo* (Prol. Jacques Ziller), Thomson-Civitas, Madrid, 2004; HABERLE, P., «El Derecho comparado como cultura comparada», en PÉREZ LUÑO, edit., *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, 1996, pp. 159 y ss.; LEGEAIS, R., *Grands systèmes de droits contemporains. Approche comparative*, 2.ª ed., Lexis Nexis Litec, Paris, 2008; ACQUARONE, L. *et alii*, *Sistemi giuridici nel mondo* (Int de Gabriele Crespi Reghizzi), 2.ª ed., Giappicheli Editore, Torino, 2016; ALPA, G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappicheli Editore, Torino, 2004.

actos². Ante esta diversidad, el Derecho romano y su tradición histórica se convierten en un «lugar común» en el que los diferentes Estados de la Unión Europea pueden acudir para la armonización y unificación de materias jurídicas que resultan claves en el marco de un mercado único, tales como las obligaciones y contratos, además de los distintos supuestos derivados de la responsabilidad contractual y extra contractual³.

El recurso de la comparación jurídica, combinada con una metodología histórica permite observar cómo muchas de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas jurídicos sobre una misma institución ya se encontraban recogidos en las fuentes romanas⁴. Pero, como afirma Armando Torrent: «el método histórico-comparativo que se propugna consiste en una combinación del método comparativista y del método histórico, y no en una aplicación del método comparativista a la historia del Derecho»⁵.

El método comparativo y el método histórico se condicionan y se complementan recíprocamente como instrumentos para el progreso del pensamiento jurídico. La conexión historia del Derecho y comparación jurídica supone la combinación entre el Derecho del pasado y el estudio de la realidad jurídica presente. Para la doctrina comparatista, la conexión entre las dos disciplinas es muy estrecha, dado que la historia del Derecho no es más que una metodología de naturaleza vertical o diacrónica y el método comparado persigue una comparación de tipo horizontal o sincrónico⁶.

² Dificultades que se agudizan con la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit), lo que tendrá unas importantes consecuencias jurídicas. «Lo cierto es que estamos ante una situación nueva, en absoluto fácil, sobre la que solamente el tiempo pondrá cordura». Así lo expresa MURILLO VILLAR, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI, Andavira Editoria, Santiago de Compostela, 2018, p. 173, con unas amplias referencias bibliográficas sobre el Brexit en las notas: 349, 350, 351.

³ Un exponente del análisis comparativo en materia contractual en: SALAZAR REVUELTA, M., HERRERA BRAVO, R., «Aproximación histórico-comparativa a la formación de la idea de contrato en la tradición jurídica europea», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García* (Jiménez Liébana, D. coord.), Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 709-742; *Ídem*, «La teoría del consentimiento contractual y su proyección en la tradición romanística en la Codificación: un análisis histórico-comparativo», en *Libro Homenaje al profesor Armando Torrent* (Murillo, De la Calzada, Castán, coords.), Dykinson, Madrid, 2014.

⁴ Sobre la conexión Derecho romano y método comparado, *vid.* TORRENT, A., «Derecho romano, Derecho comparado y Unificación jurídica europea», *SDHI*, LXXXVI, 2010, pp. 593-670; *Ídem*, *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano-Ius commune-Derecho europeo*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 321-352.

⁵ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo*, *ibid.*, p. 336.

⁶ GUARNERI, A., *Lineamenti di diritto comparato*, 6.^a ed., Cedam, Milano, 2014, p. 22; GROSSI, P., «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro Diritto europeo», *RDC*, 42, 1996, pp. 286 y ss.; GRAZIADEI, M., «El Derecho comparado, la Historia del Derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas» (trad. esp. Quequejana Mamani. S. L), en AJANI, G., GRAZIADEI, *Derecho comparado y teoría jurídica*, Ara editores, Edc. Olejnik, Santiago de Chile, 2010, pp. 11-30; SCHULZE, R., *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (ed. Sánchez Ramírez), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile,

Importante protagonismo representa también el Derecho romano y su experiencia jurídica como ejemplo histórico de una sociedad global, llegando a tener un cometido relevante como base común de las tradiciones jurídicas de muchos sistemas normativos. Al conectarlo con el método comparado, esta relación viene a representar un paso previo para la armonización y unificación del Derecho⁷. Así, Stein considera que: «el derecho de la Unión europea no es en algún sentido una cosa nueva, sino más bien la reanudación de una unidad cultural y jurídica que una vez existió en todo el continente, que ha encendido el interés por lo que es descrito como tradición civil»⁸. Por ello, muchas de las instituciones jurídicas de la Unión Europea son descritas como parte de un nuevo *Ius commune*, si bien la diferencia radica en que éste fue adoptado por Europa de una manera voluntaria, a través del reconocimiento de su superioridad a cualquier otra alternativa, mientras que el nuevo *Ius commune* es impuesto desde arriba en interés de la uniformidad⁹. Para Dell'Aquila la comparación jurídica nos permite: «comprender mejor los sistemas jurídicos, sobre todo los rasgos fundamentales de los derechos actuales o de determinada época histórica; así como las líneas esenciales de su desarrollo»¹⁰. Y siguiendo a Francisco Cuenca: «la integración de las dos ramas de investigación jurídica, la histórica y la comparativa, debe ser percibida como algo deseable y necesario a los fines de impulsar un proceso de europeización de la Ciencia, la literatura y la enseñanza jurídica que pueda complementar y servir de contrapunto (y también de contrapeso) a la unificación legislativa». Para el citado autor: «se despliega ante los romanistas una tarea atractiva cuya realización puede ponerles en contacto con los especialistas de otras ramas del Derecho, ayudando a sacar el estudio del Derecho romano de su magnífico aislamiento, al señalarle una vía importante por la que su influencia sobre los problemas jurídicos actuales puede hacerse sentir con eficacia». Además, «desde el punto de vista específico del romanista, el método comparativo no invalida la necesidad de conocimiento histórico y crítico del Derecho

2017, pp. 15-33; ZOZ, M.G., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 5-14; 21-34.

⁷ GARRIDO GÓMEZ, I., *Las transformaciones del Derecho de sociedad global*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 187-190; PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., «Reflexiones sobre la unificación del Derecho privado europeo y el método histórico-comparativo», *RGDR*, 6 (junio 2006), pp. 1-17 (www.iustel.com); CANNATA, C.A., «L'unificazione nel diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico», en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista, Materiale per un corso di Diritto romano* (a cura di Letizia Vacca), Giappichelli editore, Torino, 1997, pp. 3-19.

⁸ STEIN, P., *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica* (trad. esp. C. Hornero-A. Romanos), siglo XXI de España editores, Madrid, 2001, p. 182.

⁹ HERRERA BRAVO, R., *et alii*, «*Ius commune* versus Derecho común europeo», *RGDR*, 10, 2008, pp. 1-28.

¹⁰ DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Serv. Pub. Univ. Valladolid, 1992, p. 17.

romano y de la tradición del *Ius commune* romano canónico, pues la comparación supone tan solo el segundo momento de la tarea de investigación»¹¹.

El recurso al método histórico y comparativo será un instrumento de gran utilidad para la creación de un «nuevo derecho común europeo»¹². A través de esta metodología: «podremos conocer por qué se adoptó una solución u otra en cada Código nacional y hacer una valoración crítica más rigurosa de las mismas. Igualmente, nos permite conocer si, de una forma paulatina, se han ido abandonando o no las singularidades que presentaba la institución en época romana»¹³. Además, «esta metodología nos permitirá observar cómo muchas soluciones adoptadas por los distintos sistemas europeos sobre una misma institución están ya recogidas en las fuentes romanas, producto de la figura jurídica en las distintas etapas de desarrollo de aquel ordenamiento»¹⁴.

Por medio de la comparación jurídica y la mediación del método histórico-jurídico, el Derecho romano pasa, según Vaquer Aloy a ser «un instrumento al servicio de la búsqueda de los rasgos comunes que subyacen bajo el manto de la diversidad jurídica europea y, por consiguiente, capaces de ofrecer resultados útiles a los iusprivatistas»¹⁵.

La doctrina, tanto la dedicada al comparativismo jurídico, como al Derecho privado europeo, «ponen de relieve la importancia de las afinidades históricas de la cultura europea del Derecho como elemento de enlace en su labor jurídica»¹⁶. Una aproximación histórica al Derecho europeo es un instrumento imprescindible de mediación entre los conceptos y planteamientos de nuestro tiempo y la mentalidad de tiempos pasados¹⁷. Aunque somos conscientes de que el uso del método histórico-comparativo es considerado «neoactualizante», no teniendo en cuenta las realidades sociales que se producen ni los conceptos, ni las tensiones ideológicas, políticas y económicas que justificaron el nacimiento y decadencia de los institutos. Los partidarios de este método se

¹¹ CUENA BOY, F., «El Derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción de un nuevo Derecho Común europeo y extraeuropeo», en *Liber amicorum Juan Miquel* (Ed. Linares J. L., Montaguít, T., Ricart, E., Sanson, V.), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

¹² Vid. por todos, ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano* (trad. esp. Cremades Ugarte, I), Madrid, 2009, Marcial Pons, pp. 7-60.

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., «Reflexiones sobre la unificación del derecho privado europeo y el método histórico-comparativo», *RGDR*, 6 (2006), p. 10.

¹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, *ibid.*, p. 10 *in fine*.

¹⁵ VAQUER ALOY, A., «Prólogo», en ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 13.

¹⁶ SCHULZE, R., «De la aportación de la historia del Derecho a una Ciencia del Derecho privado europeo», *AHDE*, p. 1005, nt. 13; *Idem.*, *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (edic al cuidado de Sánchez Ramírez, A.), Edic. Olejnik, Santiago de Chile, 2017, pp. 15-32.

¹⁷ SCHULZE, R., «De la aportación de la historia del Derecho...», *cit.*, p. 1008.

ganaron el epíteto de «neopandectistas», en cuanto carentes de sentido histórico¹⁸. El tema se inserta en la tensión latente en la disciplina romanística entre historia versus dogmática por lo que la solución excedería del contenido de este trabajo. Y es que no se puede separar tajantemente historia y dogmática en la construcción científica del Derecho, ambas son dos visiones necesarias para el conocimiento jurídico.

Pero en esta dialéctica entre el método histórico y la comparación jurídica, hemos de tener presente la existencia de una lengua común que integre las diferentes instituciones jurídicas europeas. Es obvio que lenguas como el inglés y el francés han tenido gran importancia, sobre todo como señala Berlinguer: «nella circolazione dei concetti, degli istituti giuridici nella formazione dei c.d. crittotipi»¹⁹. Pero no debemos olvidar, como han puesto de manifiesto C. Baldus y F. Vogel, «la dificultad que supone en una comunidad multilingüística que todas las lenguas oficiales han de ser tenidas en cuenta en la interpretación del Derecho comunitario, resultando imposible en la práctica cumplir esa regla. A veces en los diferentes textos comunitarios se deslizan ambigüedades y errores lingüísticos, de manera que la diversidad lingüística se convierte en un problema metodológico intrínseco»²⁰.

Para conocer un sistema jurídico «hace falta poseer la lengua en la que han ido formuladas sus fuentes. Y en el caso de ordenamientos escritos la semántica es, si cabe, aun más imprescindible para que se pueda averiguar el contenido de sus normativas»²¹. Además, en las lenguas hay que tener presente la problemática terminológica²², e incluso cómo indica Pérez Luño, no se debe orillar el denominado «colonialismo anglosajón», que incide de forma directa en el derecho actual²³, pese a la paradoja que supone que muchas de las instituciones jurídicas del «Common Law» tengan una procedencia directa del «Law french». Así, la influencia de la lengua francesa va a ser muy decisiva en gran parte de la terminología jurídica inglesa como por ejemplo: «possession», «estate», «tort», «crime», «marriage», «evidence», «judgement»²⁴. Sin embar-

¹⁸ FARGNOLI, I., «*Gentes europaeas... eo se iure regi passas esse*. A propósito de la armonización del Derecho europeo», *RGDR*, 25, 2015, p. 2, nts. 8 a 13.

¹⁹ BERLINGER, A., «*Ius commune, Droit comun, Common Law: note a margine di recenti indagini storico-comparatistiche*», *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 421.

²⁰ BALDUS, C., OGEL, F., «Metodología del Derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica» (trad. esp. F.J. Andrés Santos), *AFDUC*, 10, 2006, pp. 77-89.

²¹ DELL'AQUILA, E., DELL'AQUILA, L., *Introducción a la comparación jurídica*, Barcelona, PPU, 2007, p. 15, nt. 184.

²² *Ibid.*, pp. 80-82.

²³ PÉREZ LUÑO, A.E., «Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 98 (oct-dic. 1997), p. 10.

²⁴ BERLINGER, A., «*Ius commune...*», cit., p. 421.

go, términos jurídicos en español como «negligencia», «contrato» o «propiedad» no tienen el mismo significado técnico que las palabras inglesas: «negligence», «contract» y «property». En una línea análoga, los términos ingleses «deed» o «consideration», que son específicos de la Common Law, son imposibles de trasladar su significado a lenguas neolatinas, pues no existe nada parecido en los ordenamientos de tradición romanística²⁵. La «consideration» es un elemento clave del contrato en el Derecho inglés «no resultando fácil dar una definición de la misma»²⁶; y, como plantea Seroussi: «la teoría de la “consideration” en ciertos aspectos se aproxima al concepto francés de causa, pero su contenido, sus atributos y sus efectos son distintos de los del Derecho romano y por tanto se alejan de éste»²⁷. En términos semejantes, se expresa Guzmán Brito, para quien: «la doctrina de la consideration es frecuentemente juzgada como una de las figuras más características del derecho de contratos del Common Law. Suele comparársela con la doctrina de la causa del Civil Law (por lo general bajo la versión que adquirió a partir del Code Civil de 1804 como «cause»). Y aun cuando se verifique que ambas cumplen funciones similares en uno y otro derecho, a veces se concluye en que tiene estructuras tan disimiles que no hay manera de conciliarlas y, menos aún, de reducirlas a unidad conceptual»²⁸.

A parte de lo apuntado, la traducción de los términos análogos en diferentes lenguas puede llevarse a cabo de dos formas. En primer lugar por medio de la traducción literal «que presta atención exclusiva a cada palabra que se traduce, procurando una cierta cohesión interna» y, en segundo lugar, la traducción funcional «que no sólo busca la coherencia interna, sino que también procura obtener una coherencia externa que sitúe el texto en su contexto y le dé el significado apropiado a cada caso»²⁹. En esta última se tienen en consideración «no sólo elementos lingüísticos, sino también culturales» y «ofrece una mejor comprensión de la realidad situada más allá de la mera letra,

²⁵ DELL'AQUILA, E., DELL'AQUILA, L., *Introducción*, cit., p. 81, nts. 207 a 212, con interesante bibliografía de los autores, muy en especial: «Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extra contractual en el Derecho inglés», *RGLJ*, 1986, pp. 11-87; «Il concetto di proprietà nel diritto inglese: note comparatistiche», *TEMIS*, 1974, pp. 3 ss.

²⁶ ALPA, G., «La consideration», en *Atlas de Derecho privado comparado* (coord. F. Galgano), trad. esp. J.A. Fernández Campos, R. Verdura, Colegio de Registradores, Madrid, 2000.

²⁷ SEROUSSI, R., *Introducción al derecho inglés y norteamericano* (vers. esp. E. Alcaraz Varo), Ariel, Barcelona, 1998, p. 34.

²⁸ GUZMÁN BRITO, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e Iberoamericano*, Cizur Menor, Thomson Reuters. Aranzadi, 2005, pp. 441-442.

²⁹ DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo* (Pról. Jacques Ziller), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 108.

y es que las traducciones literales, pese a respetar la letra original, no reproducen el sustrato fáctico al que responden»³⁰.

Se debe tener presente que a diferentes derechos, le corresponden distintas lenguas. Y, a veces, no solamente una lengua particular, sino más bien distintas. A lo largo de la historia tenemos diferentes ejemplos, si seguimos a Guarneri observamos que en los periodos de formación de la Common Law, en las islas británicas, «la lengua hablada por los juristas no era el inglés, sino más bien el latín en los orígenes y el franco-normando posteriormente; en Canadá, la Common Law en vigor se practica en lengua inglesa en el ámbito de una población francófona; en la Confederación Helvética, ante un solo derecho confederal, éste viene aplicado en francés, alemán, italiano y ladino; en China, el Derecho de la República Popular viene aplicado por los tribunales locales en dialecto local, siempre que alguna de las partes implicadas en el litigio no ponga objeciones sobre el uso del dialecto, ante tal supuesto el tribunal está obligado a pasar a la lengua oficial, el mandarín»³¹.

La traducción de los términos jurídicos es muy necesaria para eludir los problemas de comunicación, aunque como afirmaba Goethe: «Intraducibles son las particularidades de toda lengua, puesto que de las palabras más sublimes a las más vulgares todo se refiere a la impronta especial de la nación, en el carácter, en los sentimientos y en las situaciones». Igualmente, Gilles Menage afirmaba que «toute traduction est toujours une belle infidele»³². Además, Sacco lo pone de manifiesto: «ocorre rilevare che al fin di veicolare in una lingua diritti diversi, verbalizzati in lingua diverse, occorre fare opera di traduzione»³³.

El camino a seguir podría venir marcado por más lenguas llave, puesto que la «lengua es un elemento clave de solución jurídica para cada situación; pero por otra parte parece imposible llegar a tal solución fundiendo el conjunto de veinte versiones lingüísticas con vistas a forjar un texto uniforme»³⁴.

La traducción presenta en el ámbito jurídico problemas muy complejos. El filósofo Jacques Derrida afirma que el traductor «debe profundizar el significado de las palabras en la lengua de origen y posteriormente debe elegir las palabras correspondientes en la lengua de llegada. Por lo que más que una traducción nos encontramos ante una transformación». También Hans Georg

³⁰ DE LA SIERRA, *Ibid.*, p. 109.

³¹ GUARNERI, *Lineamenti...*, cit., p. 50.

³² GOETHE, W., *Italianische Reise*, 1778, trad. it. p. 84, citado en GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 52.

³³ SACCO, R., v. «traduzione giuridica», *Digesto Disc Priv.* Sez. Civ-Aggiornamento, I, 2000, p. 722.

³⁴ BALDUS-VOGEL, «Metodología del Derecho privado comunitario...», cit., p. 85.

Gadamer considera que el «traductor está llamado a colmar una distancia cultural, social y jurídica»³⁵.

Esta distancia se observa sobre todo en términos como el español «derecho foral»: todos lo identificamos como las normas que se aplican en ciertas regiones fruto de diferentes razones históricas y que se remontan a los tiempos de la Reconquista. Su dificultad de traducción en otros idiomas estriba en que no existe un término adecuado en el ámbito del derecho privado especial o local. Y, más bien, como expresa Guarneri: «se recurre a una traducción de tipo explicativo con la noción de “spanish regional civil law”»³⁶.

Las complejas problemáticas que presenta la traducción en la comparación jurídica han llevado a ciertos sectores doctrinales a la propuesta de la creación de un «metalenguaje». La metodología empleada partiría de una técnica en donde «se procedería a realizar la traducción del término empleado en todas las lenguas y, en ciertos casos, a acompañarla de una definición de la realidad referida»³⁷. La utilización de los glosarios realizados por los traductores serían de gran utilidad para la comparación jurídica. De ahí que en 1949 la Academia de Derecho Comparado «propuso la realización de un Diccionario Internacional de terminología jurídica que hoy día podría equipararse a los glosarios y, que en opinión de Gutteridge, dicho diccionario habría de ser elaborado en cinco lenguas: italiano, francés, alemán, español e inglés, algo que en la actualidad existe pero que resulta insatisfactorio para resolver los problemas planteados»³⁸.

En definitiva, la polaridad derecho versus lengua es muy compleja y, sobre todo, fuente de discordancia entre la regla practicada y la regla comunicada. Hasta tal punto que, en el ámbito de la Unión Europea, se produce la «guerra de las lenguas», en base al «modelo monolingüístico inglés, junto con el oligárquico tripartito (inglés, francés, alemán), y con el oligárquico extenso apoyado en las cuatro lenguas anteriores, más el italiano y el español. La com-

³⁵ Citados en GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 58, nts. 124; 65.

³⁶ GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 59. El mismo autor manifiesta problemáticas parecidas con términos como «Rechtsgeschäft»; «Tatbestand». Al primero se le aplica la identificación de «Negocio jurídico»; al segundo «Supuesto de hecho» («fattispecie»). Parecidas dificultades nos encontramos con las nociones de «contrat», «contrato», «contract» y la alemana «Vertrag», compuesta del prefijo «Ver-», que equivale al latino «cum», y el sufijo «trag» que deriva del latino «trahere» e indica una clara asonancia con las otras palabras indicadas, *Ibid.*, nt. 126.

³⁷ DE LA SIERRA, S., *Una metodología...* cit., p. 116.

³⁸ GUTTERIDGE, H.C., *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2.^a ed., Cambridge University Press, London, 1949, pp. 117, nt. 141. Vid. una abreviada aproximación al problema de la traducción en GAMBARO, A., SACCO, R., «Sistemi giuridici comparati», 5.^a ed., en *Tratato di Diritto comparato* (dir. R. Sacco). Utet Giuridica. Wolter Kluwer, Milano, 2018, pp. 7 a 11.

plejidad se acentúa puesto que el ser humano practica una regla jurídica en silencio o la comunica o la traduce de una lengua a otra»³⁹.

Ante estas discordancias, consideramos, siguiendo a Fernando Reinoso, que los términos expresados en latín, que afectan a los principios generales del Derecho, tienen la ventaja de ser comunes a ordenamientos jurídicos de distintos países y de distintas lenguas. No obstante, el ordenamiento comunitario incorpora traducciones innecesarias entre paréntesis ya que «los principios jurídicos expresados en latín no presentan mayor dificultad de comprensión que otros principios en español y, además el empleo de una lengua culta y científica redundante en facilitar la comprensión y precisión de lo expuesto»⁴⁰. En el ámbito del Derecho romano existen ciertas expresiones de las que es muy difícil lograr una versión castellana equivalente, hasta el punto de que existen términos del lenguaje jurídico moderno, derivados de antiguos términos latinos, cuya significación y valor no suele ponderarse adecuadamente⁴¹. «A veces hay términos que en una rápida traducción pueden quedar desfigurados, no porque tengan diversos significados, sino por estar entroncados en situaciones político-administrativas o circunstancias culturales perdidas o, al menos superadas en el curso de la evolución histórica»⁴².

El uso de la terminología romana entronca, según Knütell, en la futura Europa, pues su traducción es cómoda y accesible para los expertos jurídicos, dado que dichos términos expresan aspectos fundamentales de la experiencia jurídica romana; sin embargo, Fhyrmann entiende que los conceptos jurídicos aceptados en una comunidad no son intercambiables, ni conocen sinónimos en

³⁹ GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 81.

⁴⁰ REINOSO BARBERO, F., «Los principios generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico», en *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (F. Reinoso Barbero, coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 82-85; *Idem*, «El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 44, 2014, pp. 54-63.

⁴¹ HERNÁNDEZ TEJERO, F., «El latín y los juristas», *Estudios en homenaje al prof. Juan Iglesias*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 354.

⁴² HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Ibid.*, p. 355. También resulta de interés ALAÑÓN F., HENRIQUEZ M.C., OTERO, J., *El latín en la jurisprudencia actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011; HENRIQUEZ, M.C., ALONSO MISOL, E., «Voces y locuciones latinas», *Pautas para el análisis del léxico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 177-202, los cuales ponen de manifiesto que las expresiones latinas constituyen sentencias breves que condensan conceptos jurídicos y expresan, en ocasiones, principios generales del Derecho. Su línea de investigación realza la utilidad que tiene el empleo de expresiones latinas para obtener una mayor precisión en el lenguaje jurídico y una mayor claridad en la presentación de conceptos. *Vid.*, también, GÓMEZ ROYO, E., *et alii*, *Fraseología jurídica latina: términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

cada una de las lenguas nacionales de esa comunidad, por lo que deben transcribirse intactos, es decir, sin traducción⁴³.

La integración de la terminología jurídica romana puede permitir la creación de un «thesaurus» jurídico europeo, teniendo como eje el latín jurídico. «Lo que supondría superar la diversidad idiomática comunitaria, dado que muchos términos y conceptos se mantienen y perviven en los ordenamientos nacionales europeos, fieles a su genuina elaboración jurisprudencial romana. Expresiones como *pacta sunt servanda*; *prior in tempore, potior in iure*; *iuravit curia*... son utilizadas en su versión original y si se pretendiera su traducción perderían parte de su sentido genuino, reflejando con menor precisión el principio o regla en ellas enunciado»⁴⁴.

En definitiva, podemos afirmar con Reinoso Barbero que «la sencillez en el lenguaje jurídico constituye una virtud extraordinaria... las formas latinas reconocibles de los principios jurídicos cooperan con eficaz sutileza... al facilitar la comprensión mediante nociones técnicas claras, unívocas y universales»⁴⁵.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA: LA IRRUPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO COMPARADO, CIENCIA O MÉTODO

Una aproximación histórica a la comparación nos permite rastrear algunos precedentes en la antigua Grecia, donde Licurgo y Solón, para elaborar las leyes que les encomendaron, viajaron por diferentes territorios al fin de conocer la práctica legislativa de otros Estados. Igualmente, en un texto proveniente de «Sobre las leyes» de Teofrasto se intenta describir los diversos sistemas legales griegos y sus diferentes variantes. También Platón trató de identificar cuáles deberían ser las normas que regirían la ciudad ideal, a semejanza de

⁴³ Dicha controversia está recogida en CASTRESANA HERRERO, A., «Apuntes sobre un modelo histórico de integración jurídica», *IURA*, 55, 2004, p. 31, nt. 5.

⁴⁴ Así lo entiende FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Contribución del Derecho romano en la futura elaboración de un thesaurus jurídico europeo», *RIDA*, 40, 1993, pp. 409-426. Para este autor, desde el punto de vista sistemático e integral, la incorporación del latín en la configuración del macrotesauro contribuirá de forma valiosa a la conformación de un thesaurus de conceptos, evitando configurar un thesaurus de términos. *Vid.* también, CASTRESANA, A. (coord), *800 años de historia a través del Derecho romano*. Prol.: *Un glosario de palabras latinas vivas hoy en Europa*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.

⁴⁵ REINOSO BARBERO, F., «El lenguaje jurídico entre las bromas...», *cit.*, p. 54.

Aristóteles que recurrió a las Constituciones de otros territorios para extraer los elementos útiles⁴⁶.

Por lo que se refiere al mundo romano, los juristas clásicos realzaron la originalidad del Derecho romano, sobre otros ordenamientos de la antigüedad. Si tomamos como referencia la Ley de las XII Tablas, en el proceso de negociación y aprobación se acuerda enviar una embajada de tres ciudadanos a Atenas para conocer la normativa contenida en las leyes de Solón. Aunque la doctrina pone en duda el carácter fidedigno de dicha embajada⁴⁷. El Estado romano mantuvo relaciones con otros pueblos, especialmente complicadas cuando tuvieran como interlocutor a Egipto, pues dicha región como afirma Torrent: «fue del todo particular con especiales connotaciones helenísticas en la que coexistieron diversos sistemas personales»⁴⁸. Además, se puede considerar la premisa que, sobre el mundo italo-romano, se pudieron dar algunas influencias etruscas, griegas y cristianas, presencias seguras, pero nunca influencias exageradas, puesto que la mayoría de las instituciones jurídicas y los remedios procesales más novedosos fueron verdaderamente universales y creación original de Roma.

El propio Cicerón consideraba las leyes de orden no romano como «confusas y absurdas»⁴⁹. Y también insistía sobre la creación de un sistema científico de derecho sobre base sistemática (τεχνη= arts.), estimando que el *Ius civile* debe ser dividido en un pequeño número de *genera*, los cuales deberían ser subdivididos en problemas y estos últimos sólo podían ser descritos y definidos⁵⁰. Quizás el ejercicio comparativo más interesante lo tengamos en la

⁴⁶ Sobre la problemática del conocimiento del Derecho griego desde la óptica del comparativismo *vid.* CONSTANTINESCO, J., *Tratado de Derecho comparado. Introducción al Derecho comparado*, vol. I (trad. esp. E. Freitas Da Costa), Tecnos, Madrid, 1981, pp. 32-33, nts. 7-8; ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction...* cit., p. 48, con bibliografía sobre la historia del Derecho comparado en pp. 47 y 48 (Hay edición española: ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introducción al Derecho comparado* (trad. esp. Arturo Aparicio Vázquez), Oxford University Press, Oxford-México, 2002, p. 54, la bibliografía en pp. 68 y 69).

⁴⁷ *Vid.* DUCOS, *L'influence grecque sur les lois des Douze Tables*, Paris, 1978; CANCELLI, *Legenda e storia delle Duodici Tavole*, Roma, 1959. Por todo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público romano*, 8.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 83-92, con una completa bibliografía en pp. 92-94.

⁴⁸ TORRENT, A., *La constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Geissen 40. I.*, Edisofer, Madrid, 2012, p. 98. De especial interés el capítulo 14: *Primeros contactos de Roma con Egipto*, pp. 107-115.

⁴⁹
⁵⁰ Sobre la sistemática de las obras del *Ius Civile*, *vid.* HERRERA BRAVO, R., «Orígenes romanos de la sistemática del Derecho civil contemporáneo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1.ª época, 1, 1993, pp. 15-17. Además, *cfr.* Cicerón, *Topica* 28; *De Orat.* 1.185/189; Aulo Gelio, *Noct. Att.* 1,22,7. Este último nos informa que Cicerón es autor de una obra sistemática (*De iure civili in artem redigendo*) la cual no se conserva. Para VILLEY, M., «Logique d'Aristote et Droit romain», *RHD*, 29, 1951, p. 309, en la época republicana se introduce el método dialéctico, permitiendo la aparición de normas abstractas, de manera que en los 18 *libri iuris civilis* de Scaevola y en las obras de S. Sulpicius Rufus, es donde encontramos una mayor penetración de la dialéctica griega con criterios sistemáticos. Ahora bien,

Collatio legum et mosaicarum et romanarum. Se trata de un análisis entre normas que proceden del Antiguo Testamento, frente leyes emanadas de los Codex Gregoriano y Hermogeniano, junto con *iura* de los jurisconsultos clásicos. El objeto de la misma era la comparación de los textos romanos y los procedentes de la Leyes de Moisés. Como señala Torrent: «lo más probable es que la redactara un fanático cristiano para demostrar a los paganos de su tiempo los antecedentes mosaicos del Derecho romano»⁵¹.

Estas primeras tentativas son meros acercamientos «pero difícilmente están muy lejos de ser considerados como una argumentación racional sistemática de aproximación a los ordenamientos extranjeros; ya que el acta fundacional de esta disciplina es el Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en París del 31 de julio al 4 de agosto de 1900»⁵².

Situaciones más o menos análogas pueden deducirse desde la Edad Media hasta la formación de la Escuela Histórica. Pero seguiremos el iter evolutivo partiendo de los postulados de K. Zweigert y H. Kötz⁵³. Para estos autores, en materia comparada, la Edad Media atraviesa un periodo de esterilización; a partir de la formación del *Ius commune*, sostenido por el Derecho romano y el Derecho canónico y con un relevante papel científico, se produce el efecto de que no interesan otros aspectos jurídicos. Además, esa sensación de superioridad se manifiesta en el ámbito del Derecho inglés. Por ejemplo, en las obras de Fortescue: «De laudibus legum Angliae» y «The Governance of England» se analizan comparativamente las leyes inglesas y francesas, destacando el papel principal del ordenamiento inglés.

A partir de la Edad Moderna, filósofos como Bacon señalaban que el abogado debe desembarazarse de los vínculos de su sistema jurídico nacional; igualmente, Leibniz defiende el Derecho comparado desde la perspectiva de la Historia Universal, su proyecto de un «theatrum legale» comprendía una representación comparativa de las leyes de todos los pueblos, países y épocas. Además de autores como Montesquieu, Grocio y Puffendorf «emplearon de manera explícita el método comparativo para dar fundamento empírico a las enseñanzas del derecho natural... también debemos mencionar al predecesor de Savigny en Gotinga, Hugo, quien se proponía crear un Derecho natural empírico por medio de una comparación de todos los sistemas existentes»⁵⁴.

dicha influencia tiene unos límites extrajurídicos, no afectando a la técnica y a la naturaleza individual de la *Iurisprudentia* romana.

⁵¹ TORRENT, A., v. «*Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*», *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 180.

⁵² CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado...* cit., p. 82.

⁵³ ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *Introducción...* cit., pp. 54-68, con interesante bibliografía en pp. 68-69.

⁵⁴ ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *Ibid.*, p. 55.

Pero será a partir de la Escuela Histórica cuando se ejerza un efecto represivo sobre el desarrollo del Derecho comparado. Rechazan los seguidores de dicha Escuela el estudio de cualquier Derecho que no sea el alemán y el Derecho romano. Para su programa científico «el derecho germánico, el derecho romano y el derecho canónico representan el objeto de estudio más importante»⁵⁵.

En Alemania corrientes como la jurisprudencia de conceptos y la pandectística se encuentran apegadas al ordenamiento nacional y muy conectadas al positivismo, lo que marca más condiciones para que el Derecho comparado no pueda prosperar. Será Feurbach el que lanza el primer aviso sobre la «necesidad de crear un derecho comparado extenso como base de una ciencia legal universal»⁵⁶. Dicha posición lo situó junto a Thibaut, pero aparece una línea de superación a través de R. Ihering en base a su concepción teleológica del Derecho, considerando que el Derecho comparado se convertiría para los juristas como el método del futuro. En estos momentos históricos el «Derecho comparado tiene que superar una formidable oposición para conseguir un lugar como disciplina del Derecho... se trata de una especialidad que durante mucho tiempo era considerada para la mayoría de estudiosos de todo el mundo como un mero juego esotérico al que sólo podían acceder unos cuantos iniciados»⁵⁷. Debemos tener muy presente que «todas las corrientes y concepciones que se han afirmado en el marco de la Escuela Histórica han ignorado por completo la existencia de los demás derechos que no fuesen el Derecho romano y el germánico; no han prestado la más mínima atención ni al conocimiento de los derechos extranjeros, ni a su comparación»⁵⁸.

La evolución científica del Derecho comparado como disciplina autónoma se empieza a desarrollar a mediados del siglo XIX bajo la influencia de las Codificaciones nacionales, desarrollándose en Europa la idea de un «Derecho común con valor universal». El «acta fundacional es el Congreso de París de 1900 coincidiendo con la Exposición Universal organizado por Raymond Saleilles, donde se sientan las bases de la “comparación”, definiendo por primera vez los criterios metodológicos, el objeto y la función de la nueva disciplina»⁵⁹.

⁵⁵ Sobre cómo la Escuela Histórica se vuelve un obstáculo al nacimiento del Derecho comparado, *vid.* CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado...* cit., pp. 107-116.

⁵⁶ ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introducción...* cit., p. 58.

⁵⁷ ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Ibid.*, p. 59.

⁵⁸ CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado...* cit., p. 111, nt. 26.

⁵⁹ DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo...* cit., p. 41, nt. 20. Con anterioridad, en 1869 se crea la Société de Legislation Comparé. En sus Estatutos se define el objeto de la misma en el «estudio de las leyes de los diferentes países y la investigación de los medios prácticos para

Previamente, en Francia se origina una metodología comparativa, tanto en el campo de las Ciencias sociales, como de las Ciencias naturales. Empieza a desarrollarse la idea de la literatura comparada. Entre 1860-1870 las funciones de la comparación jurídica toman dos caminos: por un lado, se trata de recoger información sobre instituciones jurídicas extranjeras; y, por otro, buscar soluciones propuestas por los diferentes derechos extranjeros, para resolver las diferentes lagunas e imperfecciones del Derecho nacional. En la misma época una dirección análoga se forma en Alemania. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos del BGB se hace referencia al método comparado en la medida que fue utilizado en los trabajos preparatorios del nuevo Código⁶⁰.

Volviendo al Congreso Internacional de Droit Comparé realizado en 1900 a iniciativa de la Société, destacando la figura de Raymond Saleilles (1855-1912), en su Ponencia-síntesis expone la necesidad de del Derecho comparado para romper con el inmovilismo de la escuela de la exégesis e insiste que, ante la incipiente vulgarización jurídica, conviene la creación de una Ciencia nueva, la Ciencia del Derecho comparado. Otras figuras que emergen en dicho Congreso son E. Lambert, el cual persigue que, ante la realidad múltiple de reglas comunes, se anhela un verdadero Derecho legislativo. Incluso asiste como representante de la familia jurídica de la Common Law, sir Frederiick Polloc⁶¹. También intervino Eugen Huber afirmando que el «Código civil suizo representa una obra original, establecida en base a la comparación del Derecho de los cantones y de los Derechos extranjeros»⁶².

El iter evolutivo hacia el Comparativismo jurídico es largo durante los siglos XIX y XX. Hemos de tener en cuenta que el progreso se inicia con la creación de la «Société de legislation compar e (1869), continúa con la reali-

mejorar las diferentes especialidades de la legislación». El fundador de la Sociedad fue Eduardo Laboulaye, historiador y profesor de la Cátedra de Legislación Comparada en el College de France. Luis Napoleón apoyó la iniciativa, cuyos antecedentes estaban arraigados con la Oficina de Legislación extranjera adscrita al Ministerio de Justicia (1801-1804), creada por Napoleón Bonaparte.

⁶⁰ CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado...* cit., p. 151.

⁶¹ MORINEAU, M., *Una introducción al Common Law*, UNAM Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2001, p. 16

⁶² CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado...* cit., p. 160; PIZZORUSSO, A., *Curso de Derecho comparado* (trad. esp. Juana Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1987, p. 81, nt. 1, con bibliografía referente al comparativismo italiano. Pues en Italia al Derecho comparado se le confiere rango de Ciencia jurídica plena. Algunos de los referentes doctrinales son: Santi Romano, Norberto Bobbio. Pioneros del «Diritto Comparato» fueron Amari y Gabba. De especial relevancia es la creación de la Rivista del Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo, fundada en 1903 por Angelo Sraffa y Cesare Vivante, editada en Milán, incluyendo amplia información sobre experiencias jurídicas extranjeras, como la francesa, la alemana y el mundo anglosajón, llegando su campo de extensión hasta Rusia. Destacan, además, la presencia de juristas como Filippo Vassalli, Gino Gorla, Lossano, Sacco, G. Alpa, F. Galgano y una nómina interminable. La difusión de esta materia ha sido plena en el  mbito académico italiano y dejó de ser un campo «reservado a unos pocos elegidos». GUARNERI, *Lineamenti...* cit., p. 16.

zación del Congreso de París de 1900 y prosiguen una serie de hechos relevantes, así como la creación del Instituto para la unificación del Derecho privado (UNIDROIT) en 1926; además de la creación de dos Institutos, por un lado el de Derecho comparado de Lyon (1920), fundado por E. Lambert, y, por otro, el Instituto de «Droit Comparé» de París (1932), creado por Lévy-Ullmann. Obviamente, todo bajo el ámbito francés, seguido de la creación de la «Revue internationale de Droit comparé» bajo el auspicio de la Facultad Internacional de Derecho comparado de Estrasburgo (1949). Todo ello culminado con la publicación de la obra de René David «Les grands systèmes de Droits contemporains» (1950), reelaborada en 1964 como un *Traité* con un contenido semejante y que, para los ojos de Guarneri, es considerada posteriormente como «vera bibbia mondiale del Diritto comparato»⁶³.

Pero la consolidación de esta materia se produce por un claro cambio en el paradigma científico en relación a la concepción del mundo, fundamentado en un modelo tolemaico (estático y basado en el inmovilismo) hacia un modelo copernicano (dinámico y basado en el movimiento)⁶⁴.

Avanzando el siglo xx se empieza a prestar atención a las diferencias entre el Civil Law y el Common Law. Y el comparativismo empieza a coincidir con un mayor apego al positivismo jurídico; pero además va a estar más vinculado a disciplinas como la sociología jurídica y la filosofía⁶⁵.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el Comparativismo jurídico entra en un cierto pesimismo, por la transformación de las relaciones internacionales (Política de bloques; Guerra fría), lo que produce un menor contacto entre ordenamientos y Estados, además de la irrupción de los sistemas jurídicos socialistas, junto con el movimiento descolonizador. Por lo que el Derecho comparado se desliza más hacia el Derecho comunitario con el objetivo de obtener la armonización de determinadas áreas⁶⁶.

Ahora bien, la realidad actual viene marcada por una disciplina jurídica que pivota sobre dos aspectos. El primero se refiere a si nos encontramos con un área de conocimiento que tiene un carácter autónomo o independiente; o por el contrario, el segundo, en relación a si estamos ante un método con una función auxiliar al servicio de otras disciplinas. Por lo que la cuestión a la que nos

⁶³ GUARNERI, *Ibid.*, p. 19, nt. 44.

⁶⁴ DE LA SIERRA, S., *Una metodología...* cit., p. 41.

⁶⁵ Los primeros comparatistas eran unos románticos, con base en unos principios filosóficos aisladamente considerados, llegando a la conclusión de la necesidad de unificar mundialmente el Derecho. *Vid.* DE LA SIERRA, S., *Ibid.*, p. 45.

⁶⁶ ALBIEZ DOHRMAN, K.J., «El rol del Derecho comparado en la construcción del Derecho privado europeo», *e-Legal History Review*, 27, 2018, pp. 1-41; FARGNOLI, J., «Gentes europaeas...», cit., pp. 1-22.

enfrentamos, dado que hasta el siglo XIX no se utiliza la expresión «Derecho comparado», es si éste es una verdadera Ciencia o simplemente un Método.

Sin ánimo de extendernos haremos unas pequeñas catas doctrinales. Así, para Peter de Cruz: «el término Derecho comparado se utiliza para referirse básicamente a un método de estudio», pero añade que la «disciplina cuenta con una serie de principios metodológicos, lo que le ha permitido convertirse por derecho propio en una rama autónoma de las Ciencias sociales, aunque no contenga un núcleo sustantivo como otras ramas del Derecho positivo»⁶⁷. Sugeren-tes son las opiniones de Zweigert y Kötz donde: «el término Derecho comparado hace alusión a una actividad intelectual que tiene por objeto el Derecho y por método a la comparación»⁶⁸. Igualmente, para Héctor F. Zamudio⁶⁹ considera el «Derecho comparado como un método y no como disciplina académica, de manera que en cuanto al nombre de la materia se utilizan también: método jurídico comparativo, comparación jurídica y estudios jurídicos de Derecho... aunque el Derecho comparado es el más generalizado, con la aclaración de que estamos conscientes de su significación equívoca». Por último, para Gutteridge H.C., la expresión Derecho comparado no tiene sentido, «por lo que en Alemania los abogados utilizan el término *Rechtsgleichung*, que connota un proceso de comparación, libre de cualquier implicación de la existencia de un cuerpo de normas que formen una rama distinta o un área específica del Derecho»⁷⁰.

En el ámbito de la doctrina italiana Gino Gorla plantea que «comparar en el campo del Derecho como en todo campo, significa una actividad o proceso de conocimiento de dos o más fenómenos jurídicos históricamente determinados, para ver qué cosa tienen de diferencia o en común». Para este autor, el momento fundamental de la comparación es «la investigación y el acercamiento a las diferencias o similitudes entre los ordenamientos jurídicos, confrontando entre ellos las normas o las instituciones jurídicas»⁷¹.

Al enfrentarnos a la concepción del Derecho comparado nos inclinamos por la idea de Método, bien es verdad que el mismo método que las diversas ramas de la Ciencia jurídica. En los tiempos más recientes se produce un resurgimiento del Derecho comparado y su metodología está muy vinculada al proceso de globalización, donde las fronteras de los Estados están menos nítidas.

⁶⁷ DE CRUZ, P. *Comparative Law in a Changing World*, 2.^a ed., London, 1999; Idem., *A modern Approach to Comparative Law*, London, 1993.

⁶⁸ ZWEIFERT, K., KÖTZ, H., *Introducción...* cit., p. 37.

⁶⁹ FIX-ZAMUDIO, H., «La modernización de los estudios jurídicos comparativos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1989, p. 65.

⁷⁰ GUTTERIDGE, H.C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946, p. 1.

⁷¹ GORLA, G., v. «Diritto Comparato», *EdD*, XII, 1964, p. 928.

El proceso histórico tiene como punto de llegada «una concepción del Derecho comparado de origen europeo... realizado en el contexto del Derecho comunitario a efectos de obtener la armonización de determinadas áreas, independientemente de cómo se conciba dicha armonización»⁷².

Pero el tema tiene unas proyecciones previas, en relación a la virtualidad expansiva de la enseñanza del Derecho comparado, la cual tiene una gran relevancia en toda Europa y en el mundo anglosajón. Sin embargo, en relación a España «la docencia del Derecho comparado no se ha visto reconocida», a lo largo de los diferentes Planes de Estudio. En la geografía universitaria española «se enseña muy poco Derecho comparado... salvo muy puntuales cursos optativos en su mayoría, ofertados por un escaso número de Facultades de Derecho»⁷³. El Derecho comparado «no cuenta con un espacio propio en la Universidad española... aunque se da la paradoja, porque raro es el departamento jurídico en el que no se elaboren tesis con contenidos de derecho comparado e investigadores que no utilicen el método comparatista»⁷⁴. De ahí que, siguiendo a Carlos Llorente, entendamos que «la comparación jurídica debe formar parte del currículo de formación de los docentes de las Facultades de Derecho... además debería integrarse en el proceso educativo de los alumnos... siendo la fase de formación doctoral la que parece más idónea para poner en práctica dicha metodología». Y añade: «la comparación jurídica es extremadamente importante en el Derecho del siglo XXI, que se está consolidando como el siglo de la apertura hacia un Derecho global que, inevitablemente, requería idoneidades comparatistas de quienes pretendían liderar su desarrollo»⁷⁵.

Pero a lo largo de toda esta evolución y mirando hacia Europa, no podemos descuidar la conexión con el Derecho romano, inicialmente como ele-

⁷² DE LA SIERRA, S., *Una metodología...* cit., p. 48, con una amplia bibliografía sobre comparación jurídica en el ámbito europeo en la nota 36.

⁷³ MORÁN G.M., «El Derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del Derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico», *Anuario da Facultade de Dereito*, 6, 2002, p. 502; *Ídem*, «El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las Universidades españolas», *AFDUDC*, 5, 2001, pp. 491-519.

⁷⁴ MORÁN, G.M., «El Derecho comparado...», cit., p. 503. Llama la atención que en España una primera figura es la de Gumersindo Azcárate que en 1872 ocupaba la primera Cátedra de legislación comparada y que publicó con posterioridad un opúsculo titulado: «Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura», Madrid. 1874. Aunque, como señala, CONSTANTINENCO, L. J., *Tratado...* cit., p. 149, «el opúsculo de Azcárate no ha tenido más que un eco muy débil». A partir del siglo XX destacan profesores de corte interdisciplinar (historicista-sociológica) como Rafael Altamira, Adolfo Posada, y Joaquín Costa; posteriormente, destacan civilistas como: A. Hernández Gil, José Castán Tobeñas, García Cantero, Puig Brutau y J. Luis de los Mozos e internacionalistas como Truyol Serra y J. A. Carrillo Salcedo.

⁷⁵ LORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., «Enseñanza de la comparación de sistemas jurídicos», en *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el grado de Derecho* (Rodríguez Arana, J., Palomino Lozano, dirs.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 294-295.

mento conformador básico del *Ius commune*, así como eslabón entre el Common Law y el Civil Law⁷⁶. Además, como afirma Guarneri: «todo sistema jurídico, adherido a la Unión Europea, está caracterizado por la coexistencia de dos grupos de reglas jurídicas que recuerda, en grandes líneas pero con las debidas diferencias, la antítesis ya conocida del derecho medieval continental, entre *ius commune* y *iura propria*, ya conocida en el derecho de los Estados Unidos, entre derecho federal y derecho estatal... estamos frente a un fenómeno de progresiva europeización y erosión de los singulares derechos nacionales en el cuadro de la circulación-evolución de los modelos jurídicos»⁷⁷.

El Derecho romano «puede servir de aglutinante de la Unión Europea continental... y debe manejarse con habilidad en el actual proceso de unificación jurídica... es un proceso abierto... Aunque no se consiga una unificación de todo el Derecho, más fácil de lograr en el ámbito del Derecho privado, la realidad evidencia que es algo inevitable»⁷⁸.

III. LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICO-SOCIALES

La comparación jurídica permite un mejor acercamiento para el conocimiento del Derecho y éste «no es monopolio de unos juristas que se muevan en el ámbito del Derecho positivo»⁷⁹. La metodología comparativa se usa con fines muy distintos, tanto para «mejorar el Derecho nacional o intentar realizar la unificación del Derecho a nivel nacional como internacional»⁸⁰. Pero, además, esta metodología puede utilizarse con la combinación de otras materias socio-jurídicas para profundizar en la realidad formativa de los di-

⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum, Ius commune, Common Law, Civil Law*», en *Glossae. European Journal of legal History*, 13, 2016, pp. 275-306. También, sobre el valor y vigencia del Derecho romano vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *El Derecho creación de Roma. Meditaciones universitarias de un académico*, Real Academia de Doctores de España, 2018, pp. 147-169; REINOSO BARBERO, F., «*Ubi ius romanum ibi Europa*», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2, 2009, pp. 72-81; NAVARRO VALLS, R., «Las bases de la cultura jurídica europea», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 32, 2002, pp. 367-378; GARCÍA SÁNCHEZ, J., «La presencia del Derecho romano en la normativa europea del siglo xx. Especial consideración a su influencia en el Derecho canónico en la pasada centuria», *REDC*, 75, 2018, pp. 130 ss.

⁷⁷ GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 401.

⁷⁸ MURILLO VILLAR, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI, Andavira, La Coruña, 2018, p. 143.

⁷⁹ GAMBARO, A., MONATERI, P.G., SACCO, R., v. «Comparazione giuridica», en *Digesto Civile*, III, Torino, 1988, pp. 48 ss.

⁸⁰ DELL'AQUILLA, E., *Introduzione...* cit., p. 28.

ferentes sistemas jurídicos y políticos. Analicemos, pues, algunas de estas conexiones:

- Derecho romano.

Si partimos de la premisa de que el método comparativo puede ser un instrumento correcto para el acercamiento al Derecho positivo; existe a sensu contrario la idea básica los riesgos que la tendencia comparativista puede llevar aparejados y que fueron factores importantes en la decadencia de los estudios romanísticos en la Francia de finales del siglo XIX y XX⁸¹.

Ahora bien, la utilización de esta metodología puede servir para investigar el origen de ciertas instituciones, de cara a la idea de complementar determinadas lagunas. Para Summer Maine, el Derecho romano es uno de los «ancients laws». Para este autor, la importancia del Derecho romano reside fundamentalmente en que habiendo obtenido un alto grado de desarrollo sirve de orientación a todos los Derechos modernos. Aunque en la totalidad de su obra, como consecuencia de su influencia lingüística comparada, limita su comparación a la esfera de los pueblos indoeuropeos⁸².

Uno de los grandes promotores de esta metodología es Leopold Wenger, quien patrocina extender el estudio romanístico al ámbito de los Derechos de la Antigüedad⁸³. El propósito era construir una «antike Rechtsgeschichte» sobre la base de los Derechos antiguos, tomando como referencia elementos de comparación de principios jurídicos romanos. En el año 1904 en la Conferencia Inaugural del Curso académico de su asignatura parte de la idea de una cierta unidad entre los diversos sistemas jurídicos de los pueblos mediterráneos y de Oriente próximo. Dicha tesis ha tenido poca aceptación. Así García Garrido afirma: «a medida que se penetra en el conocimiento de los derechos antiguos y ante los incesantes descubrimientos de nuevas fuentes, aparecen nuevos datos que destacan la originalidad y el valor indiscutible del Derecho romano»⁸⁴. En la misma línea, Armando Torrent considera que «el Derecho

⁸¹ FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid, CSIC, 1970, p. 53; pp. 72 ss.; TORRENT, A., *Introducción metodológica...* cit., pp. 107 ss.

⁸² SUMMER MAINE, H., *Ancient Law*, London, 1906. Existe una reciente edición española, *El Derecho antiguo* (trad. notas e estudio introductorio de Ramón Cotarelo), Tirant-Humanidades, Valencia, 2014.

⁸³ Vid. MURILLO, A., *Para qué sirve el Derecho romano...* cit., p. 99, nt. 173, con un elenco importante sobre las obras fundamentales de Leopold Wenger. También, vid. PANERO, P., «La investigación romanística», en *El Derecho romano en al Universidad del siglo XXI* (Ricardo Panero, coord.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 379-381.

⁸⁴ GARCÍA GARRIDO, M.J., «Derecho romano y sociología jurídica», *Revista de Derecho Notarial*, 25-26, 1959, pp. 146-147.

romano tiene una autonomía in se y lo contrario sería caer en una actitud sociológica»⁸⁵.

Las diferencias entre el Derecho romano y los Derechos de la Antigüedad pueden venir marcados en que en el primero se produce a partir de la época preclásica una clara separación entre las reglas jurídicas, frente a las reglas morales y religiosas. En cambio, en los otros Derechos de la Antigüedad las reglas jurídicas, morales y religiosas se encuentran confundidas y no se distinguen las unas de las otras; por lo que el Derecho romano mantiene su autonomía y su posición preeminente. Pese a estos inconvenientes de cara a la utilización de la metodología comparada, creemos que el Derecho romano, siguiendo los planteamientos de Fuenteseca, puede ser utilizado bajo una metodología que ha denominado «comparativismo en perspectiva histórica»⁸⁶. Además, el Derecho romano no puede estudiarse aisladamente de los condicionantes sociales, políticos, religiosos... que lo han determinado, ya que son éstos los que nos permitirán comprender la evolución de las distintas instituciones jurídicas⁸⁷.

A este respecto son oportunas las observaciones de Joan Miquel en relación a que el Derecho romano es substrato común de los Derechos europeos continentales y, por tanto, debe partirse de él para el estudio del Derecho comparado. Se trata de una utilización del método comparativo aplicándolo en sentido vertical⁸⁸.

El Derecho romano es un punto de conexión entre los diferentes sistemas jurídicos, sobre todo aquellos de base romanística. Como señala Alfonso Murillo el método comparado, cuando se practica con el Derecho positivo vigente, podría aportar algún resultado satisfactorio por medio del análisis del Derecho romano en la conformación de los derechos civiles de base romanística y su posterior y diferente evolución. Y apoyándose en Solidoro, «cuando hoy un jurista afronta el tema de la comparación de los derechos europeos, normalmente lo entiende en sentido horizontal. En cambio, el estudio de la tradición romanística exige practicar una comparación vertical, es decir, diacrónica, comparando a través del tiempo, no de forma estática»⁸⁹.

⁸⁵ TORRENT, A., *Introducción metodológica...* cit., p. 107.

⁸⁶ FUENTESECA, P., «Un treintenio de Derecho Romano en España: reflexiones y perspectivas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, 1978, p. 138; *Idem*, «Observaciones sobre el futuro del Derecho romano en España», en *Estudios en homenaje al profesor Hernández Tejero*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 209.

⁸⁷ CRIFÒ, G., «Indispensabilità e inutilità della romanistica attuale», *SDHI*, 55, 1989, p. 450.

⁸⁸ MIQUEL, J., «Derecho romano», en la *Enseñanza del Derecho romano en España*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 200.

⁸⁹ MURILLO, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano?... cit., p. 101, nt. 179.

Por último, el Derecho romano podría ser un «*tertium comparationis*» y «constituir una guía firme y segura para medir la calidad e incluso legitimidad de todos los ordenamientos jurídicos»⁹⁰. El Derecho romano y el latín pueden servir «como factores de cohesión y unidad cuando la humanidad busca, con interés renovado, una lengua y un sistema jurídico que sean aceptados por todos los pueblos»⁹¹. Ahora bien, la manera de proceder a la comparación supondría elevar el Derecho romano como un sistema ideal, como perfecto e imperecedero, elevándolo a un Derecho natural, universal e indiscutible, compuesto de normas y principios valederos en cualquier tiempo y lugar⁹².

- Antropología y Etnología jurídica.

La primera concentra su objeto de estudio en aquellas sociedades más primitivas y sin escritura. Su conexión con el comparativismo ha sido fecunda y ha dado sus mejores frutos en aquellas culturas alejadas de las sociedades occidentales. Se trata de sociedades sin leyes, donde «las costumbres y los antepasados son los custodios de la tradición... además de comunidades sin estado... lo cual no quiere decir que nadie manda, sino que coexisten multiplicidad de poderes difusos»⁹³.

En conexión con lo que venimos abordando aparece la etnología jurídica, auspiciada bajo H.E. Post, Maine y J.J. Bachofen, los cuales reorientan sus estudios hacia la influencia de los sistemas jurídicos occidentales en las sociedades primitivas o menos modernizadas⁹⁴. Para Post, a través del método comparativo etnológico se puede llegar al conocimiento del Derecho de los pueblos salvajes que no es susceptible de consideración histórica⁹⁵, pero teniendo en cuenta que «existen sociedades en que las estructuras estatales no están operativas. De ahí que los antropólogos nos enseñan a distinguir entre una sociedad con un poder centralizado y la sociedad con un poder difuso. A partir del siglo XXI, la primera corresponde a lo normal y por tanto la regla, mientras que la segunda corresponde a la excepción»⁹⁶.

Debemos destacar la figura de R. Dekkers, que estudia de una manera individualizada los Derechos propios y comunes de los pueblos, así como la

⁹⁰ DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Introducción...* cit., p. 58.

⁹¹ *Ibid.*, p. 59.

⁹² DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Introducción...* cit., p. 57.

⁹³ DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Ibid.*, pp. 118 y 119.

⁹⁴ Una panorámica general sobre la etnología jurídica en: NEGRI, A., *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè editore, Milano, 1983. Un análisis más sincretico entre etnología jurídica y método comparado en CONSTANTINENCO, J. *Tratado de Derecho Comparado...* cit., pp. 166-181.

⁹⁵ NEGRI, A., *Ibid.*, p. 17.

⁹⁶ GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati...* cit., p. 21.

evolución del Derecho desde perspectivas comparadas⁹⁷. También merece destacar las apreciaciones de Eva Cantarella sobre los orígenes antropológicos del Derecho. Para ello recurre a las teorías de Adamson Hoebel, centrado en la población esquimal. Para este autor la fuerza no debe ser la del Estado, sino la del individuo o el grupo que ha sufrido una ofensa, que ostenta el privilegio social para actuar de esa manera. En la misma línea, la antropóloga Rulh Benedict plantea que en algunas sociedades el respeto a las normas no obedece al carácter coercitivo de las mismas, sino al desprestigio social («shame culture»). Cultura de la vergüenza que se manifiesta, por ejemplo, en las XII Tablas: «improbus instabilisque». Y es que a la vergüenza se le atribuye una función prescriptiva, dotado de un poder coactivo o vinculante, como una verdadera sanción pública⁹⁸.

- Historia del Derecho.

Como hemos visto anteriormente, esta disciplina nos permite un análisis comparativo de los sistemas jurídicos a través del tiempo, siguiendo una proyección diacrónica, todo ello combinando las dos metodologías; mientras que la metodología comparativa a secas se remite a un análisis sincrónico de los sistemas. Además, como señala Gloria Morán: «el estudio del derecho histórico brinda una riqueza de matices que, indiscutiblemente, es insustituible de cara a la ayuda para la comprensión del Derecho vigente, y ahí se pone de manifiesto el tremendo potencial de los estudios históricos comparados»⁹⁹.

Para Alan Watson, «la historia y la filosofía del Derecho son los ingredientes esenciales del Derecho comparado, como disciplina intelectual autónoma... además la importancia de la historia de las normas jurídicas ha sido reconocida desde hace tiempo por los comparatistas»¹⁰⁰. Para este autor, las analogías y las diferencias relacionadas entre los distintos sistemas deben acometerse en el marco de una relación histórica¹⁰¹.

Es obvio que, como señala Dell'Aquila: «la historia ofrece datos y materiales que pueden resultar preciosos para la comparación, pues permite saber de qué modo, en una comunidad determinada, ciertos conceptos y dogmas se

⁹⁷ DEKKERS, R., *El Derecho privado de los pueblos* (trad. esp. Francisco Javier Osset), Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1957.

⁹⁸ CANTARELLA, E., *Instituciones e historia del Derecho romano. Maiores in legibus* (trad. est. notas de I. Núñez Paz, C. Rubiera Cancelas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 42-51.

⁹⁹ MORÁN, G., «El Derecho comparado...», cit., p. 314.

¹⁰⁰ WATSON, A., *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*, 2.ª ed., Athens, The University of Georgia Press, 1993, p. 7 (la traducción del texto es de MORINEAU, M., *op. cit.*, p. XXII).

¹⁰¹ WATSON, A., *Ibid.*, p. 9.

han forjado y vertido en el sistema normativo» y añade: «el Derecho es un fenómeno con muchas formas y facetas, que no se agota con la ley»¹⁰².

Esa conexión entre el Comparatismo y la Historia del Derecho se puede ver a través de un análisis vertical dentro del propio sistema, estudiando la evolución de una determinada institución. Aunque este modelo de análisis puede resultar insuficiente y se deba acudir a un análisis horizontal donde relacionamos diferentes sistemas en un determinado contexto histórico, tratándose de un cotejo entre datos que pertenecen al mismo momento histórico. Para Attilio Guarneri: «la conexión entre las dos disciplinas es muy estrecha, puesto que el historiador del Derecho se inclina al estudio del Derecho del pasado, partiendo de nociones actuales, sin prescindir del Derecho antiguo, comparándolo con otros Derechos de la Antigüedad; mientras que el comparatista utiliza el dato histórico para la exacta comprensión del Derecho extranjero»¹⁰³.

Siguiendo a Zimmermann, existe «una indisoluble unidad de pasado y presente» y tampoco se puede pretender un «Derecho aislado de su pasado». Para aquel, siguiendo a Savigny, las diferencias entre los distintos métodos jurídicos radican en que sean históricos o ahistóricos. Y es que un sistema viene constituido por fuentes, reglas, conceptos, métodos, argumentos y su conjunto conforma una tradición. «Una tradición infinitamente rica que ha contribuido decisivamente a la configuración de la Europa moderna»¹⁰⁴. Anteriormente, Ascarelli consideraba que: «la historia del Derecho y el Derecho comparado son dos momentos de un procedimiento sustancialmente unitario idóneo para alargar extraordinariamente el campo de vista del observador de los fenómenos jurídicos»¹⁰⁵. La conexión entre Derecho comparado y la Historia del Derecho es fundamental a los ojos de Michele Graziadei, para quien: «el estudio del derecho vigente, sin el auxilio de la historia y la comparación, conduce a la producción de un conocimiento pobre e incompleto del Derecho que vivimos». Y es que «la comparación jurídica puede ayudar al historiador a percibir en qué medida el Derecho se ha formado a través de la circulación y préstamos de modelos, muy a menudo recíprocos que han superado las fronteras». Además,

¹⁰² DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Introducción...* cit., p. 79.

¹⁰³ GUARNIERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 22.

¹⁰⁴ ZIMMERMANN, R., «El legado de Savigny. Historia del Derecho. Derecho comparado de una Ciencias jurídica europea», en *Estudios de Derecho Privado* (trad. esp. A. Vaquer Aloy), Civitas, 2000, pp. 26-42; Vid. VARANO, V., BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, Torino, Giappichelli, 2006; GRAZIADEI, M., «Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche», *Rivista Critica del Diritto privato*, 1999, pp. 337-351; TORRENT, A., «Droit romain et histoire du Droit», en *Le droit Commun et l'Europe. Actes Société d'Histoire du Droit*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 315-327.

¹⁰⁵ ASCARELLI, T., «Il Diritto comparato e lo studio del Diritto anglo-americano», en *Anuario di Diritto Comparato*, I, 1930, p. 493, citado en GUARNIERI, *Lineamenti...* cit., p. 23.

«la comparación jurídica puede servir para analizar atentamente la fuerza y la debilidad de las diversas tradiciones historiográficas nacionales»¹⁰⁶. Pues, «en todo caso, la investigación histórica que ignora la hipótesis de la circulación de modelos reposa sobre bases muy frágiles»¹⁰⁷.

En el ámbito de la Common Law, W. Maitland afirmaba con la expresión: «history involves comparaison»; lo que contrasta años después con la expresión de Gino Gorla: «comparaison involves history»¹⁰⁸. Consideraciones que vienen reforzadas por el hecho de que los estudios comparativos han sido cultivados por destacados romanistas e historiadores del Derecho como: G. Pugliese, G. Brogгинi, P. Grossi, C. A. Cannata del ámbito italiano y, por otro lado, de otros ámbitos: F. Wieacker, P. Stein, A. Watson, R. W. Caenegem, R. Zimmermann, G. Hamza¹⁰⁹.

La combinación de ambas metodologías supone un acercamiento a los sistemas jurídicos no sólo en su vertiente legislativa, sino también en el marco de otras fuentes y supone enfrentarse a un análisis en su vertiente formalista del Derecho y en su nivel fáctico.

- Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Estas dos disciplinas jurídicas no son ajenas a la Comparación jurídica, a la vez que el denominado Derecho comparado está compuesto de elementos internacionales. El primero está forjado de reglas supraestatales que regulan las relaciones entre los Estados, así como el funcionamiento de las organizaciones internacionales; la conexión con el método comparado radica en que éste nutre elementos para identificar los conceptos y las categorías que utilizará el intérprete. Así, Gloria Morán afirma que: «las relaciones internacionales sometidas al Derecho internacional público requieren, para alcanzar su óptimo grado de desarrollo, del conocimiento de los distintos sistemas jurídicos que son expresión de determinados modelos de justicia». Esta cuestión se ve en «el art. 38,3 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional, referido a los principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas, dichos principios internacionales sólo pueden ser interpretados en base al Derecho comparado»¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vid. GRAZIADEI, M., «El Derecho comparado, la Historia del Derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas» (trad. esp. Sonia Quequejana Mamani), en ADJANI, G., GRAZIADEI, M., *Derecho Comparado y teoría jurídica*, Lima-Santiago de Chile, Ara Editores/Ediciones Olejnic, 2016, p. 12.

¹⁰⁷ GRAZIADEI, M., *Ibid.*, p. 19.

¹⁰⁸ Vid. GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., p. 22, nt. 50.

¹⁰⁹ GUARNERI, A., *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁰ MORÁN, G., «El Derecho comparado...», cit., p. 313; Vid., también, DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Introducción...* cit., pp. 53-54.

El método comparado es útil «para interpretar y complementar los convenios internacionales», así como para comprender más correctamente normas consuetudinarias de Derecho internacional, a destacar las reglas: «pacta sunt servanda», «rebus sic stantibus». Se trata de reglas propias del sistema romano-germánico, de manera que «por lo que respecta a juristas que se hayan formado en tradiciones distintas, es por medio de la comparación como se puede llegar a conocer su sentido pleno en el ámbito concreto de su aplicación»¹¹¹. En la misma línea, el Derecho comunitario de la Unión Europea, a la hora de la elaboración de las normativas primarias y secundarias, acude al método comparado como instrumento de trabajo en la redacción de textos jurídicos.

En relación al Derecho internacional privado, se trata de una serie de normas de derecho positivo vigente, de los singulares Estados, por lo que el método comparado no le es extraño. De manera que éste nutre a aquél de elementos y datos para la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado. Uno de los objetivos del actual Derecho internacional privado es lograr un máximo de coherencia, lo que no «significa reemplazar la legislación propia por otra supranacional uniforme, sino una gradual mejora de las relaciones internacionales en el ámbito del derecho privado», todo ello a través de diferentes técnicas, entre ellas la metodología comparativa, instrumento fundamental para la armonización legislativa¹¹².

- Sociología y Filosofía del Derecho.

La segunda disciplina se ve enriquecida por el método comparado, pues permite analizar diferentes conceptos de Justicia. Además, se trata de una ciencia que no puede estar circunscrita a un marco geográfico o histórico aislado. La comparación jurídica «realiza una labor importante de re-educación jurídica y puede completar y ampliar horizontes jurídico filosóficos a la hora de estudiar Derecho»¹¹³. En cuanto a la primera, la sociología jurídica se ocupa de las relaciones causales entre el Derecho y la sociedad, con el objeto de controlar la influencia del primero sobre la segunda y viceversa. De ahí que la «sociología jurídica ha sido considerada con razón uno de los componentes del Derecho comparado, o cuanto menos, un instrumento importante para analizar normas». Los factores religiosos, sociales, culturales, jurídicos, así como la tradición,

¹¹¹ DELL'AQUILLA, E., DELL'AQUILLA, L., *Ibid.*, p. 35.

¹¹² MORÁN, G., «El Derecho comparado...», cit., p. 314.

¹¹³ MORÁN, G., *Ibid.*, pp. 315-316.

explican la formación y la aplicación de las normas jurídicas; y además pueden «explicar por qué las normas pueden derogarse por ley o por no uso»¹¹⁴.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU INTERCONEXIÓN CON EL DERECHO ROMANO DE CARA A LA UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN JURÍDICA EUROPEA

El Derecho romano, debido a su decurso histórico, está compuesto de un precipitado común que puede contribuir de manera decisiva a la unificación jurídica dentro de la Unión Europea¹¹⁵. Aunque, como afirma, Armando Torrent: «La armonización exigida por los tratados fundacionales de la Unión Europea en el campo del Derecho plantea un arduo programa de unificación jurídica que solo puede alcanzarse desde la experiencia y la Ciencia jurídica»¹¹⁶. De ahí que no es suficiente el conocimiento del Derecho europeo, en sus diferentes dimensiones, sin embargo la formación sobre esta materia es muy limitada, por lo que, como apostilla Torrent: «para obtener un auténtico Derecho común europeo una exigencia fundamental es la divulgación de su enseñanza. Hoy día todos tenemos claro que en las Facultades de Derecho de la Unión Europea debe enseñarse Derecho asumiendo una dimensión transnacional que supera los particularismos internos»¹¹⁷.

En estos momentos el actual Derecho comunitario, aunque común para los estados miembros, no constituye una nueva dimensión del *Ius commune*. Es cierto que en los años finales del pasado siglo e inicios del siglo XXI, se empieza a través de las Directivas comunitarias, junto con la jurisprudencia del TJUE, a configurar un proceso de armonización en materia de derecho de la competencia, propiedad intelectual, sociedades, derecho antitrust y, sobre todo, en más materias como obligaciones y contratos, en el ámbito de los consumidores y en derecho de contratos y responsabilidad del fabricante por productos defectuosos¹¹⁸.

¹¹⁴ DELL' AQUILLA, E., DELL' AQUILLA, L., *Introducción...* cit., pp. 65-66. *Vid.* nota 166 con bibliografía sobre la relación entre la Sociología y el Derecho comparado. *Vid.* el clásico planteamiento de LEVY-BRUHL, H., *Sociología del Derecho* (trad. esp. Myriam de Winizky), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966. Un análisis sobre los factores de evolución del Derecho en pp. 37-40.

¹¹⁵ HERRERA BRAVO, R., *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 57; *Vid.* también Idem et alii, «*Ius commune versus Derecho común europeo*», cit., pp. 1-28.

¹¹⁶ TORRENT, A., *Fundamentos de Derecho europeo...* cit., p. 32.

¹¹⁷ Torrent, A. *Ibid.*, p. 39.

¹¹⁸ Sobre la diferencia entre el Derecho Común y el Derecho comunitario *vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea»,

Son muchas las iniciativas que se realizan en la Unión Europea de cara a un Derecho privado unificado, pero los resultados son bastante insatisfactorios, pues como advierte Zimmermann se trata «tan solo de pedazos de un Derecho más o menos uniforme insertados inorgánicamente en el Derecho nacional»¹¹⁹.

Desde nuestra modesta perspectiva, el camino hacia un «Ius commune europeum» está lleno de barreras históricas, particularismos nacionales, burocráticas, por lo que, como afirma Armando Torrent: «se hace preciso volver los ojos a una pretendida (y para mí evidente) común cultura jurídica; en esta búsqueda no resulta insustancial que los abogados generales de la Corte europea vuelvan sus ojos a las soluciones romanas que, aunque sólo fuera por presentarlas como exempla de soluciones jurisprudenciales ello mismo es un indicio claro de aquella metodología científica que ya había sido repropuesta por medievales y modernos»¹²⁰.

El método comparado añadido al Derecho romano propone una dimensión comparativa que puede servir para la aproximación y unificación jurídica europea. Como señalan K. Zweigert y H. Kötz, «el Derecho comparado proporciona una base comparativa sobre la cual desarrollar un sistema legal común»¹²¹. Se recoge la esencia del art. 3 h. del tratado de la CEE que especificaba como cometido: «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común».

Ahora bien, ¿cuál sería uno de los caminos de cara a la unificación jurídica europea?, pues uno de ellos discurriría a través del modelo codificador, tal como planteaba Thibaut; o, por el contrario, se debe seguir el programa de Savigny, a través de la necesidad de «creación de una Ciencia jurídica europea que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que deba descansar el futuro Derecho privado europeo»¹²². Como pone en claro R. Schulze «en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto que, en particular para el Derecho de con-

SDHI, 64, 1998, p. 530; HERRERA BRAVO, R., «Fundamentos romanísticos del Derecho comunitario europeo», en *Estudios in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. I, Asociación Iberoamericana de Derecho romano, Salamanca, 2002, pp. 545-546.

¹¹⁹ ZIMMERMANN, R., «El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil Law y el Common Law», en *Estudios...* cit., p. 171.

¹²⁰ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo...* cit., p. 41.

¹²¹ ZWEIFERT, K., KÖTZ, H., *Introducción al Derecho...* cit., p. 32.

¹²² ZIMMERMANN, R., «El legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho comparado y el nacimiento de una Ciencia jurídica europea», en *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., pp. 19-67; SCHULZE, R., «Nuevos rasgos del Derecho privado en Europa», en *Cien años de la Revista de Derecho privado, 1913-2013* (S. Díaz Alabart, Dir.), Madrid, 2014, pp. 139 y ss.

tratos, las investigaciones con métodos de la Ciencia jurídica pueden contribuir a dar una mayor coherencia al Derecho europeo»¹²³.

No debemos de ser pesimistas de cara a la unificación jurídica, pues contamos con una experiencia histórica dilatada. Para ello hemos de poner el foco en las Facultades de Derecho o en aquellas que imparten Ciencias Jurídicas, donde se debe instruir en Comparación jurídica, tanto en el ámbito del Grado, como el Postgrado y el Doctorado. Estas aportaciones serán claves para la conformación de un Derecho privado europeo. Entendemos que la distancia entre el Civil Law y el Common Law no es insalvable. Estamos con Zimmermann cuando afirma que «el Derecho inglés no es un cuerpo extraño y duro de asimilar. Puesto que existen varios argumentos históricos que explican la tendencia al encuentro entre las dos tradiciones jurídicas»¹²⁴.

En el ámbito de la Ciencia jurídica europea no son grandes las diferencias entre la doctrina alemana, francesa, inglesa... etc.; además, como señala K. Luig «sobre la base del derecho de casos del tribunal europeo de justicia, se encuentran una serie de reglas europeas comunes con base romana y que nunca han perdido validez. El Derecho romano es un elemento indispensable para la elaboración de un futuro Código europeo»¹²⁵.

Pero existen visiones más pesimistas, donde un Código civil europeo no parece realista, pues la presencia de un intenso positivismo nacionalista hace inviable la unificación jurídica. Y no se trata solo del ámbito de la Unión Europea, sino que en el ámbito anglosajón «post-brexit» permanecerá la innata aversión de los juristas ingleses hacia la Codificación. Ante este panorama ¿qué opciones proponemos?

Nos acogemos a la corriente que lidera Van Caenegem, conectando la Historia del Derecho y el romanismo, destacando que aquella muestra que «en el pasado han existido formaciones políticas amplias que han conseguido desarrollar sistemas jurídicos propios». E incluye a la «Ciencia jurídica, la cual a lo largo de la Historia, ha jugado un papel preparatorio y pionero en el camino de la unificación». Finalizando con la idea base de que «la Historia y la Ciencia solas no bastan, es necesaria la voluntad política y el poder político para que los juristas alcancen el éxito»¹²⁶.

¹²³ SCHULZE, R., *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (Edc. A. Sánchez), Santiago de Chile, Edic. Olecnik, 2017, p. 71.

¹²⁴ ZIMMERMANN, R., «El carácter europeo del Derecho inglés...», cit., pp. 161 y ss.

¹²⁵ LUIG, K., «The history of Roman private law and the Unification of European Law», *Zeitschrift für Europäischen Privatrecht*, 5, 1997, pp. 405-427.

¹²⁶ VAN CAENEGEM, *Pasado y futuro del Derecho europeo. Dos milenios de unidad y diversidad* (trad. esp. Luis Diez Picazo), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 49 y ss.

La posición de los estudiosos del Comparativismo se sitúa en un distanciamiento hacia el Derecho nacional y ponen el foco hacia un Derecho transnacional en el marco de un mundo globalizado. Por lo que el comparatista está llamado, en opinión de Guarneri, a analizar este nuevo Derecho con arreglo a las siguientes premisas. Así, en primer lugar, desde la óptica del «origen», el nuevo Derecho transnacional es diferente fruto de la circulación y de los trasplantes de modelos territoriales. En segundo lugar, el «contenido» constituido por reglas uniformes que sustituyan a las normas nacionales. Y, por último, en tercer lugar «la tendencia dinámica a expandirse», lo cual es perceptible en diferentes áreas de conocimiento muy en especial en el área Europea, pero sobre todo en el área de la tradición jurídica occidental ¹²⁷.

Son muchas las vías de cara a la unificación jurídica. El método comparado nos va a permitir contrastar las diversas fuentes, ya sean jurisprudenciales, legislativas o meramente interpretativas. Pero el papel de los juristas va a ser clave, por sus conocimientos jurídicos, los cuales deben ser formados en el marco universitario para desarrollar una lengua común que nos permita superar los conceptos abstractos de cada Derecho nacional y nos conduzca en el futuro a familiarizarnos con un vocabulario jurídico común. Y termino con las palabras de Dario Mantovani: «Ningún derecho puede reflexionar sobre sí mismo si no dispone de cualquier otra experiencia jurídica que le sirva de parangón, de contraste; para nosotros esa experiencia es el Derecho romano» ¹²⁸.

¹²⁷ GUARNERI, A., *Lineamenti...* cit., pp. 400-401.

¹²⁸ MANTOVANI, D., «El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo», *Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija*, 9, 2006, p. 379.

METHOD OF RECEPTION OF ROMAN LAW WHEN ELABORATING LATVIA'S CIVIL LAW OF 1937 AND EU LAW

Método de recepción del Derecho romano en la elaboración de la 'Ley civil de Lituania' de 1937 y del Derecho de la UE

ARTA JANSONE

Independent researcher Republic of Latvia (Letonia)

Abstract: The report discusses the reception of the Roman law method, which was applied when elaborating Latvia's Civil Law of 1937. Academic research was performed in preparing the table of legal provisions in the section on Property Law (Rights of Things, IUS IN REM), thus demonstrating direct borrowings from Roman law. The process of establishment of the 1864 Baltic Local Civil Law Codes (Part III) is investigated, which provides the information on the usage of legal provisions of Roman law. It is established that the 1864 Baltic Local Civil Law Codes (Part III) are important today, because a majority of the 4636 sections received from Roman law were directly (with the method of direct borrowing) included in the 1937 Civil Law of Latvia. Taking into account the above-mentioned fact, the author of the report stresses the importance of the evaluation of Roman law today and its legal roots (as legal source) in Latvia's civil legislation and EU law.

SUMMARY: Previous questions.–Conditions for selection of a method. I.–F. G. Bunge's (1802-1897) academic orientation. II.–*Structura nova veterum legume*. III.–The use of Roman law. IV.–A description of the method. V.–The Civil Law of Latvia of 1937. VI.–Conclusion.

PREVIOUS QUESTIONS

Latvian legal writing from 1918 to 1940 often mentions the positive role of Roman law, especially in the drafting of the 1937 Civil Law, where it was widely represented.

Today, the renewed Civil Law of the Republic of Latvia (1937) is well known in general practice among lawyers, but the presence of Roman law seems to have been forgotten.

This oversight has motivated me to devote this report to the methods of reception or adoption of Roman law (the means by which it was incorporated into the Civil Law of the Republic of Latvia of 1937) and to include, by illustration, a list of those sections of the Property law section directly taken from Roman law.

To do this we must take a historical digression and look, in depth, at the way the 1864 Compilation of Baltic Local Civil Codes (Part III), specifically, in the references of the sections, which provide information about the precise use of Roman law.

The 1864 Compilation of Baltic Local Civil Codes (Part III) is significant today in that a majority of its 4636 sections are recognized as having been directly adapted in the Civil Law of 1937 (a comparison published in 1937 shows precisely which sections of the 1864 Baltic Local Civil Codes are replaced by which sections of the 1937 Civil Law).

In the conclusion of this report I have touched upon the significance of Roman law in the context of a contemporary assessment of EU law.

«...A large number of laws often serves as an excuse for vice, and a state is better ruled if it has few laws that are strictly respected...»

[Rene Descartes, *A Discourse on Method*¹].

CONDITIONS FOR SELECTION OF A METHOD

There were certain conditions that determined the choice of the authors of the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes to use the method of direct borrowing (one which was thankless and restricted the freedom of the compilers).

I. F. G. BUNGE'S (1802-1897) ACADEMIC ORIENTATION

F. G. Bunge from the very beginning of his academic work followed the historical jurisprudence school with interest. At the end of the 1820s, a fami-

¹ DEKARTS R. «Pārrunas par metodi». // «Zvaigzne». Rīga, 1978, 27. lpp.

liarization with F. K. Savigny's (1779-1862) ideas determined the future course of F. G. Bunge's academic work².

At first within the German legal tradition (in the 18th century, later also in other countries), a selective and extensively interpretative use of Roman legal sources got the designation *usus modernus pandectarum* (or, the contemporary use of Roman law).

Representatives of this view –*pandectists*– attempted on the basis of Roman law to create a closed and putatively complete system that would allow legal cases to be decided by logical evaluation³.

The purpose of the historical method was not to admire Roman law or any other system. On the contrary, the historical method sought to look for the roots of any legal system, attempting to discover the organic principle by which one could discern that which endured from that which belonged only to history⁴.

The pandectists sought to discover *the theoretical structure* that was indirectly expressed in the text of the *Corpus Iuris Civilis*, especially in its most significant part, the Digests⁵. Their aim was to connect the ancient legal forms to the social reality of that time, as well as to lessen the differences between academic jurisprudence (*iurisprudentia*) and practical jurisprudence (*iurisperitia*).

F. K. Savigny⁶, an authority of the historical jurisprudence school, said that it was still possible to use concepts derived from the Digests to solve the legal problems of his day.

In order to describe F. G. Bunge's academic work that was most closely linked to the codification of the 1864 Baltic Local Civil Codes, one has to mention his writings, which can be grouped as follows:

1) works on legal history⁷ that filled a complete lack of such a genre; the collection of Baltic legal sources and their publication;

² НОЛЬДЕ А. «Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при гр. Сперанскомъ. Вып. II. Кодификация местного права Прибалтийскихъ губерній». // С.-Петербургъ, 1914, с. 400.

³ Бартошек М. «Римское право: понятия, термины, определения.» // Москва: Юридическая литература, 1989, с. 237.

⁴ KELLY D. R. *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*. // Cambridge: the Harvard University Press, 1990, p. 246.

⁵ Digesta (in Latin) «everything put in order», and ordering of Pandectae, (in Greek) everything taken together, the most important parts of the Corpus Iuris Civilis of 529 A. D.

⁶ STEIN P. *Roman Law in European History*. // Cambridge: the University Press, 1999, p. 119.

⁷ In connection with the 1300th anniversary of the publication of the Digests, F. G. Bunge wrote the brochure «Das romische Recht in den deutschen Ostseeprovinzen Russlands» about the reception of Roman law in Baltic law, a matter that, until the 1833 publication of the work, had not been given adequate attention.

2) the most important academic accomplishment – works on local civil law in the Baltics, where F. G. Bunge appealed for a return to the historical meaning of sources, which had often been abandoned in practice.

F. G. Bunge wrote in his autobiography⁸: «When I start writing a literary work, I first gather all the sources that pertain to the specific subject, and write short summaries of each, which I number. Then I make a systematic summary and under each heading I write the numbers of the corresponding summary. Then I study the writing of germanicists⁹ on the subject and only then, when I understand the subject fully, do I start writing a manuscript, returning of course, once again to the sources.»

Thanks to these methods, F. G. Bunge in his courses on civil law achieved a high concentration of materials, a density of exposition and an unusual abundance of references to primary sources. Therefore F. G. Bunge was able to put many phrases from his courses on civil law, with little editing, directly into the text of the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes (Part III).

F. G. Bunge paid great attention to determining the content of binding local law in the Baltic region, devoting much time to the observation of practice and to historical digressions. A precise explanation of legal norms was one of his significant accomplishments.

F. G. Bunge avoided risky constructs of juridical theory, where the element of personal interpretation always took on a central role, and on issues where his personal viewpoint differed from that accepted in practice, the academic ascribed less importance to his own view.

F. G. Bunge recognized that his knowledge of court practice and customs, which had changed the content of existing sources of law, was insufficient. He therefore asked for the advice and sought out the collaboration of those practicing lawyers and judges involved in relevant legal proceedings in the project to compile these laws.

When starting his work, F. G. Bunge drafted two plans of codification:

1) the first reflected an intent to prepare separate compilations of the law for each territory and one for all of them, codifying general principles of law;

⁸ Нольде А. «Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при гр. Сперанскомъ. Вып. II. Кодификация местного права Прибалтийскихъ губерній» // С. Петербургъ, 1914, с. 408.

⁹ STEIN P. *Roman Law in European History*. // Cambridge: the University Press, 1999, p. 118.

[In the 1840s, there were two German schools of history: the Romanists and the Germanists. In the view of the Germanists, Roman law was foreign to German customary law. The influence of Roman law was seen as a virus infecting German customary law and hindering its development.

The Romanists, by contrast (headed by F. K. Savigny), sought the universal principles of jurisprudence embodied in Roman law and to cleanse Roman law of what they considered the decadent influence of other nations' (including the Germans) customary law].

2) the other was the codification in a single collection of the law in force in various territories.

The official choice was made according to the second codification alternative.

II. STRUCTURA NOVA VETERUM LEGUM¹⁰

In working on a new project for the compilation of laws, the authors usually have considerable leeway to be creative. They do not have to take the existing law into consideration any more than they think is necessary, and any well-argued innovations are accepted.

A different situation arose with the planned codification in the Baltic *gubernya*. The method of codification was clear to F. G. Bunge: the codifiers had not been given the task of assembling a new compilation of civil law, but, rather, the collection and unification¹¹ of existing laws without any changes whatsoever.

In this regard, his duties differed from that which was possible for any other author of a code. The compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes only in form had to conform to the presentation of the new (existing) law (*structura nova veterum legum*), and the authors of the compilation made every effort to make a complete and precise record of the existing law.

One can suppose that F. G. Bunge was not given any special instructions for carrying out his tasks, not even regarding the main issue –the choice of sources of law and the extent to which they were used– and it was left to him according to his own best judgment.

The sources used by F. G. Bunge for the project of the text of the compilation of the 1864 Local Civil Codes (Part III) can be divided into three categories:

1) academic research on Roman law¹², the *Corpus Iuris Civilis*, and the civil codes of Prussia and Saxony, from which mainly versions of Roman law are usually directly cited;

2) F. G. Bunge's works on local civil law;

¹⁰ In English - the new form of the old (in this case, existing) law.

¹¹ KALNIŅŠ V. «Latvijas PSR valsts un tiesību vēsture. I d.» // «Zvaigzne». Rīga, 1972, 305. lpp.

¹² ARNDTS, K. A. VON VANGEROW, FERD. WALTER, C. FR. FERD. SINTENIS, CH. FR. GLUCK, C. F. MUHLENBRUCH, F. MACKELDEY, FR. C. SAVIGNY, etc.

3) the works of F. G. Bunge's predecessors who started the codification of Baltic law, i.e. the 1839 codification project (later compared to the 1862 codification project).

One has to keep in mind the division of Baltic law into the two basic elements that comprise it –local and Roman law. This is how the primary sources of the articles of the compilation text were grouped: the Roman from academic studies, the local– primarily from F. G. Bunge's works and the 1839 draft (whose chapters he also used to complement the Roman law parts of the text).

III. THE USE OF ROMAN LAW

General law or pandectic law determined the guiding principles of local Baltic law¹³, as in the feudal states of Germany. The reception of Roman law as a condition of the legal system was only sanctioned by the changing political authorities in the Baltic provinces, but did not touch the usage, extent or content of the received norms, which were not put in order until 1864.

Difficulty arose in determining the precise division between local legal institutions and Roman law, in other words, determining the boundaries of the reception of Roman law. The source of Roman law, formally, remained Justinian's *Corpus Iuris Civilis* and later versions in canon law, German imperial law and in the form of other elements of general law, but in practical terms, the substance of the law was the form into which it had been reworked by the pandectists. Cases were heard in the Baltic area with formal reference to the *Corpus Iuris Civilis*, that is, to the original sources of Roman law, to the extent that they were not modified by court practice and customs.

Even if a dispute was resolved by formally citing fragments of the Roman law source, in practice and in essence, academic views and interpretation about the particular fragment cited were more important. Therefore, the pandecticist legal monographs, textbooks and handbooks seen as authoritative –were widely used in the Baltic region.

In the courts, the parties used arguments with reference to the works of Roman jurists from the *Corpus Iuris Civilis*, but it was no secret from where the parties got their references, therefore judges, in examining the claims of the sides, tried to check them in the works of known scholars.

¹³ KALNIŅŠ V. «Romiešu tiesību nozīme mūsu laikos». // «Jurists». 1939, Nr.7/8.

In drafting the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes, the authors could have, themselves, borrowed from the scholarly works of the popular pandectists in the form of independent sections, but their doubts that such an approach would divert them from the tasks of compiling what existed were a deterrent. These would be something new, and not suitable in all cases to what already existed. Judges, too, in applying Roman law, reckoned *a priori* with the views of the authorities and known, generally accepted writings.

In examining the pandecticists' legal theories, the compilers carefully made sure that the pandecticists' version of the law had not been altered or switched for local customs, local court practice or local legal writings. In cases where alterations were found, there are, in the 1864 Baltic Local Civil Codes, Part III, compilation, retreats from the original pandecticist doctrine.

Scholars of Roman law made a significant contribution to the awareness of local law.

A scholar from the University of Tartu, O. Meikov, contributed an extensive evaluation of the inclusion of Roman law in the project.

Professor Madaj took an especially original approach to the study of Roman law in the Baltic area. He analyzed the extent of the reception of Roman law in the most significant judicial institutions, using a comparison of local and Roman law, as well as making forecasts concerning the influence of the reception of Roman law on the development of local law. Unfortunately, the professor only sketched out the problem, but was unable to provide any results. No one has undertaken a continuation of his work, possibly because in the eyes of local lawyers, the main value of Roman law lies in its comprehensiveness, «completeness» and thus no deeper study was considered needed.

Therefore, the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes succeeded in including a substantial part of the works of Roman legal scholars and their research that were incorporated in the aforementioned general or pandecticist law.

The references to the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes show that at least 2882 of 4600 sections were directly or indirectly taken from Roman law¹⁴.

IV. A DESCRIPTION OF THE METHOD

1. The compilers of the 1864 compilation of the Baltic Local Civil Codes (Part III) took some fragments of the *Corpus Iuris Civilis*, the pandectist

¹⁴ *Ibid*, p. 155.

Roman law textbooks and literature and put them in the compilation with no changes whatsoever.

[The direct literal transfer of phrases from the studies of Roman law and textbooks to the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes (Part III) was rather rare. The necessity, therefore, arose to drop the first words of sentences or to add them, if one and the same phrase occurred in several sections of the compilation.

Literalness was also not followed when it was necessary to define terms or for considerations of style.

If the aforementioned editing somewhat changed the appearance of the phrase and its linguistic polish, then its legal sense and meaning remained unchanged.]

2. The minor editorial corrections of the scholarly works in the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes proved, in the course of preparing the compilation, to be insufficient. The scholarly writings had to be shortened: to exclude explanations, illustrations of theses, to simplify the formulation of sections, striking individual words and omitting paraphrases.

[The extent and gradation of such changes were different in each particular case. Often the external formulation (though not content) of the selected fragment had to be changed, because in the scholarly work it was found in a completely different stylistic and logical connection than required by the editors of the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes.

The changes in some places were so significant that the source of the fragment in the text of the 1864 Baltic Local Civil Codes could only be unerringly determined by key words expressing the essence of the legal provision or by individual expressions characteristic of the style of the phrase].

3. The codifiers of the 1864 Baltic Local Civil Codes affirmed their relative independence by significantly complementing and explaining the texts of their selected authors, without shortening them.

[The essence of the complementing was not restricted to purely editorial insertions, mentioned earlier, but, rather, the explanation or complementing of the abstract (general) formulated principles in the text with examples from sources of Roman law or casuistic illustrations from the Digests.

As a consequence, scholarly theses were complemented with words or expressions, which essentially made significant changes in the scope of the provision/norm or incorporated some other feature in its actual composition.]

4. In those cases where the codifiers did not find, in their view, a suitable primary source, they did not strive to edit the sections themselves (which would have been the simplest solution), but tried to assemble the text of the

Civil Laws from fragments of the works of several authors, which were then unified.

[This approach was used rarely. Sections composed of various fragments are found where the original 1864 Baltic Local Civil Codes draft text was improved on the advice of critics, most often by changing the fragments from older Roman law textbooks with scholarly findings from the latest literature on Roman law.

The critics of the draft compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes also used this method to create new sections in the draft.]

In concluding an overview of the method of direct borrowing in the formation of the 1864 Baltic Local Civil Codes, it is possible to *conclude*:

1) in all possible cases, the codifiers treated the texts of scholarly works included in the compilation with great piety (even when the author's ideas could have been expressed more simply by ignoring its wording);

2) the systematic correction of borrowed texts in a predetermined sequence in the end result sometimes changed the character of the legal institution;

3) by examining the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes as a whole, one becomes convinced that the compilers made a significant effort to gather from different sources not only editorially consistent fragments, but also to form a unified system in terms of theoretical and logical positions;

4) work on the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes was complicated by the overlay of different legal systems (for example, the unification of Roman and Germanic legal systems);

5) one must admit that there was very limited leeway for innovation by the compilers in terms of Roman legal doctrine. In fact, theoretically, there was none, although in some parts of the compilation one sees the desire of the compilers to synthesize pandectic theory with the realities of their time;

6) by choosing the aforementioned method of presenting the text of the compilation, they were following a known and familiar example – the Digests of Justinian. In effect, they had no other choice: once the new interpreters of Roman law in the Baltic region (the pandecticists) overlaid the primary sources of Roman law with their explanations, and their works gained the status of positive norms (that is, real sources of law), then for the codification of this norms the method of compiling Digests proved useful.

The direct-borrowing method only affirmed that the authors of the compilation of the 1864 Baltic Local Civil Codes worked like the compilers of the

Digests: where possible, taking the legal texts literally, editing out the outdated and excessive, or replacing it with new text, that is, creating interpolations.¹⁵

In other words, the description of the work of the compilers of the Digests (with some small changes) could be used to characterize the methods of the authors of the Baltic compilation of the 1864 Local Civil Codes.

V. THE CIVIL LAW OF LATVIA OF 1937

Work on a new civil law common to all of Latvia started in 1920 with a commission led by Professor Vladimirs Bukovskis.

The commission initially thought that a unified Civil Law for Latvia could be created by simply reworking Part III of the Baltic Provincial Laws and the 1864 Local Civil Codes, subjecting also the region of Latgale to this jurisdiction instead of Volume X of the Russian Code of Laws.

In this manner, professor F. G. Bunge's compiled code, published in 1864, would become the Civil Law for all of Latvia.

The idea arose in 1935 to at least formally create a completely new Latvian Civil Law, because it was clear that, from a legal standpoint, it was not possible to create a purely Latvian collection of laws that reflected the nation's basic legal principles and customs.

In creating the new Civil Law, two basic principles were respected:

- 1) that which had withstood the test of time was retained;
- 2) in bringing in innovations required by the times, it was considered whether they were appropriate for Latvia's circumstances and in general issues, which in Latvia had to be decided as in any other nation; examples were taken from the best of the time in Europe – the Swiss and German Civil Codes.

A large part of Part III of the compilation of the 1864 Local Civil Codes was directly borrowed by the 1937 Civil Law, which is illustrated by an index of comparative sections appended to the 1937 Civil Law of Latvia.

In Part III of F. G. Bunge's compilation of the 1864 Local Civil Codes, there are references to the legal sources used for each section, which provide an excellent possibility for determining in which sections of the compilation of 1864 Local Civil Codes Roman law is present.

¹⁵ *Interpolare* [Latin] – to alter, change, in historical scholarship; the term is used to describe a word or phrase later inserted into a text that does not belong to the author.

[Regarding the Digests, this term has a narrower and special meaning: it is used for complements, changes or omissions in the legal texts of the classical period made by the commission putting together the Digests.]

The authors of the compilation of the 1864 Local Civil Codes used the direct borrowing method of the Digests, with a direct transfer of sections from Part III of the compilation of the Local 1864 Civil Codes to the 1937 Civil Law of Latvia, to the latter in entire sections, where Roman law was used (though without references to sources of law), also using the direct borrowing method.

The following table contains an index of comparative sections that gives an overview of which parts of the 1864 Baltic Local Civil Codes sections on Property Law were replaced by the 1937 Civil Law section on Property Law. This table only mentions those sections of the 1864 Baltic Local Civil Codes that are directly borrowed from Roman law.

Property Law. IUS IN REM

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
529	841
532, 533	844
534	845
537, 538	846
547	850
548	851
553	855
574, 575	863
576	864
577	865
758	866
583	868
584	869
637	879
640	882
641	883
642	884
643	885
645	887
646	888
648	890
649	891
659	896

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
659	896
661	898
662	899
663, 664	900
666, 667	901
668	902
669	903
670	904
671	905
672	906
673	907
680	910
690	919
707	927
708	928
714	930
715	931
716	932
717, 718, 719	933
723	935
744, 745	952
746, 747	953
752	956
756	959
760, 761	961
767	965
769	966
772	969
779	974
780	975
782	976
801, 802	988
803	989
815, 816	996
817	997
821	1000

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
823	1001
826	1003
827	1004
829	1006
834, 835	1010
836	1011
838	1012
839, 840, 841	1013
872	1037
873	1038
874	1039
875	1040
877	1042
878	1043
897, 898	1044
899	1045
901, 902	1046
904	1048
905	1049
906	1050
907	1051
908	1052
910	1054
912	1055
913	1056
914	1057
915	1058
916	1059
917	1060
919	1061
921	1063
922	1064
927	1067
929, 930, 931	1068
934	1069
935, 936	1070

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
938	1072
941	1075
954, 955	1077
957	1079
958	1080
990	1089
996	1093
997, 998	1094
999, 1000	1095
1002	1096
1007, 1008	1098
1093	1133
1094	1134
1097	1135
1098	1136
1099	1137
1100	1138
1101	1139
1102	1140
1104	1142
1107	1145
1108	1146
1109	1147
1110	1148
1123	1159
1147	1163
1148	1164
1183	1174
1184	1175
1185	1176
1186	1177
1187	1178
1188	1179
1189	1180
1190	1181
1191	1182

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
1199	1190
1200	1191
1208	1195
1211	1198
1212	1199
1213, 1214	1200
1215, 1216	1201
1217	1201
1218	1203
1219	1204
1221	1206
1228	1211
1230	1212
1232	1214
1233	1215
1235	1217
1237	1218
1241	1222
1242	1223
1243	1224
1247	1227
1254	1232
1267	1238
1269	1240
1273	1242
1276	1243
1278	1245
1279	1246
1280	1247
1281	1248
1283	1249
1285	1250
1289	1253
1290	1254
1291	1255
1293	1257

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Roman law in the 1864 compilation of Local Civil Codes (Part III) sections 529 -1690	Roman law in the 1937 Civil Law sections 841-1400
1295	1258
1296	1259
1337	1281
1343	1286
1344	1287
1345	1288
1353, 1354, 1355	1292
1356	1293
1357	1294
1358	1295
1358 note 1	1296
1358 note 2	1297
1359	1298
1360	1299
1372	1302
1385	1305
1386, 1387	1306
1403	1735
1404	1736
1412	1307
1415	1310
1416	1311
1417, 1418, 1419	1312
1424	1313, 1359
1425	1359
1433	1360
1440	1318
1456	1330
1458	1331
1459	1332
1462	1334
1466	1336
1467	1338
1487	1353
1495	1362
1499, 1500	1366

VI. CONCLUSION

The restoration of the State of the Republic of Latvia (from the occupation of the USSR) began with the Declaration «On the Restoration of the Independence of the Republic of Latvia», adopted on May 04, 1990 and the Constitutional Law «On the State Status of the Republic of Latvia», adopted on August 21, 1991, followed by international recognition of the restoration of the Republic of Latvia, founded on November 18, 1918.

The legal force of the Latvian Civil Code of 1937 was renewed *de jure* by the Law of 14 January 1992 «On the Civil Law of the Republic of Latvia of 1937», while stipulating that the time and procedure for the entry into force of certain parts of the Civil Law will be determined by special laws. By September 1, 1993, the entire force of the 1937 Latvian Civil Law was restored *de facto* to the full extent with the necessary amendments urgently required by the consequences of the violently enforced socialist legal system of 50 years of occupation (denationalization of Soviet nationalized property, land reform, etc.).

The return of Latvia and its rapid incorporation into the Western or Romanesque-Germanic family of law after the traumatic half-century of Soviet, Russified, primitive, demoralized distortion was fostered by the high degree of perfection in which the Latvian Civil Code of 1937 had been developed.

I will make little mistake if I say that by high degree of perfection here I mean the great amount of Roman law adopted in the Latvian Civil Code of 1937 (especially in the Property Law and Obligations Law sections, around 70%-80% of the entire Latvian Civil Law), which demonstrated that the Latvian legal system as part of the Western or Roman-Germanic family of law has the same historical origin derived from common terminology, methods, concepts, principles and values.

The distinctive features of each national legal system within the context of Western law are emphasized in relation to the history of the nation in question.

There is no doubt that the historical influence of Roman law was largely dependent on the predominant position of the Roman Empire in the ancient world and the prestige of the Eternal City over many centuries.¹⁶ They are reflected both in canonical and commercial law, basically forming a Western or Roman-Germanic system of law.

¹⁶ YNTEMA E. Hessel «Roman Law and Its Influence on Western Civilization». // Cornell Law Quarterly, vol. XXXV, 1949, p. 77.

Occasionally, modern Roman legal classics compare Roman legal texts with the concept of a legal supermarket, where lawyers of different ages have found everything they need for their time¹⁷.

The unique nature of Roman law may be explained by:

1) the considerable amount of time accumulating experience. For centuries, Roman law been reproduced, recreated, sifted in practice and selected until they have become international or peoples' rights;

2) the cosmopolitan vision of the world among Roman lawyers. They were the first to begin to study the problems of justice in detail, and the experience of the cosmopolitan empire gave their work originality and freshness, and freedom from theoretical prejudice and national limitations;

3) Roman law up to the 18th century (when the constitutional and administrative branches of law were separated) was synonymous with jurisprudence. If we look at the formal characteristics of jurisprudence, of Roman origin were its: terminology; conceptual structure; the very idea, form and technique of codification; the composition of factual samples; and the legislative style in general¹⁸;

4) Roman law continues to be universal European law - *ius commune*, to which the second wave of national codification in the 20th century (especially in Germany and Switzerland) has given the law its form. Roman law as *ius commune*, or European general law, deserves special attention today with regard to European Union legislation and the harmonization of national law under European Union law¹⁹.

¹⁷ STEIN P. *Roman Law in European History*. // Cambridge: the University Press, 1999, p. 3.

¹⁸ PRINGSHEIM F. «The Character of Justian's Legislation» // *Law Quarterly Review*, vol. LVI (1940), p. 231.

¹⁹ ХАУСМАНИНГЕР Г. «О современном значении римского права» // *Советское государство и право*. 1991, № 5, с. 98.

DERECHO CONSUECUDINARIO DEL PERÚ FRENTE AL DERECHO ROMANO

Customary Peruvian Law and Roman Law

CARMEN MEZA INGAR

Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú)

Resumen: El Derecho Consuetudinario, basado en prácticas sociales, muchas de ellas, ancestrales, es decir, la costumbre, consuetudine, ha influido en la elaboración de muchas leyes, en el mundo. En el Perú –dada la diversidad social y cultural– con la riqueza de 47 idiomas que se habla en el territorio nacional, ha dado lugar al reconocimiento del derecho consuetudinario en muchas comunidades alto-andinas y ribereñas de la selva.

La Constitución Peruana de 1993, en vigor, proclama la igualdad de todos los ciudadanos, reconoce el derecho a ser atendidos por los funcionarios públicos, en su propio idioma y en mérito del art. 149 se establece la justicia multicultural ya que se autoriza a las autoridades de Comunidades Campesinas y Nativas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona humana . Dichos jueces de paz no letrados, legos en derecho, salvan la costumbre de los mayores (mos maiorum) y permiten el desarrollo de la paz social.

Palabras clave: Ley, Sociedad, Realidad Nacional.

Abstract: Customary Law, based on social practices, many of them, ancestral, that is, custom, consuetudine, has influenced the elaboration of many laws, in the world. In Peru –given the social and cultural diversity– with the wealth of 47 languages spoken in the national territory, has led to the recognition of customary law in many high Andean and riparian communities of the jungle.

The Peruvian Constitution of 1993, in force, proclaims the equality of all citizens, recognizes the right to be served by public officials, in their own language and in the merit

of art. 149 establishes multi-cultural justice, since the authorities of Peasant and Native Communities are authorized to exercise jurisdictional functions within their territorial scope, in accordance with customary law, provided that they do not violate the fundamental rights of the human person. Said non-literate peace judges, laity in law, save the custom of the elders (*mos maiorum*) and allow the development of social peace.

Keywords: Law, Society, National Reality.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Formación del derecho latinoamericano. III.–El derecho pre hispánico en el Perú. IV.–Influencia de la legislación peruana. V.–Propuestas. VI.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN¹

El Derecho Consuetudinario en el Perú permanece en varias regiones del país, ya que la población tiene costumbres, consuetudine, muy antiguas y variadas, que han heredado desde hace siglos, como decían los romanos *mores maiorum*. Se trata de hechos y normas sociales de la diversidad que enriquece a la sociedad, y a veces origina problemas de comunicación, entre los connacionales, si los que hablamos español no estudiamos todos esos idiomas ancestrales. Si sabemos que de los 300 idiomas que tenía el Imperio del Tahuantinsuyo, en la actual República del Perú, se hablan solo 47 idiomas nativos, aparte del castellano.

La Constitución proclama como idiomas oficiales del Perú al castellano, al quechua y al aymara, por ser los idiomas mayoritarios.

¹ Sobre este tema puede consultarse la siguiente bibliografía: ARGUEDAS, José María: «Razón de ser del indígena en el Perú», en *Recopilación de textos sobre José María Arguedas*, Casa de las Américas; La Habana; CATALANO, Pierangelo: «Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericana a propósito del bloque romano indígena», *Xalapa*, Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, Veracruz, 2009; CUEVAS GAYOSO, José Luis: «Costumbre Jurídica», Universidad Veracruzana, Veracruz, 2013; GENG DELGADO, Federico: «Historia del Antiguo Perú», Ediciones Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009; GUAMAN POMA DE AYALA: «Nuevas crónicas y Buen Gobierno», Ediciones de Librería Studium, Lima, 1998; MEZA INGAR, Carmen: «Discriminación mediante el Derecho», CONCYTEC, Lima, 1998; «El derecho a la Información», UNMSM, Lima, 2001, y «Necesidad de desarrollar el Derecho Consuetudinario», en *Revista Jurídica «Docentia et Investigatio»*, Vol 27, N.º 1, Junio, 2015, Lima, 2015; OSORIO ARRASCUE, Santiago: «Presencia Peruana en el Derecho Civil Latinoamericano», en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú, Decana de América, Vol. 64 /Nº 1- Nº 2), Lima, 2007; PORRAS BARRENECHEA, Raúl: «La Colonia, Edad Media Peruana», en *Revista Fanal*, Volumen X; SEN, Amartya: «Nuevo examen de la desigualdad». Alianza Editorial, Madrid, 1999; SIVIRICHI TAPIA, Atilio: «Proyecto de Código Indígena», Ediciones Kuntur, Lima, 1946; VALCÁRCEL, Luis E.: «Etnohistoria del Perú Antiguo», Tercera Edición, UNMSM, Lima, 1968. Normas Legales, Editora Perú, Lima.

Lo interesante es que la realidad social y económica de dichas regiones ha hecho posible que existan en el Perú 4,000 jueces legos en derecho. Son los campesinos quechua hablantes de las comunidades alto andinas y de las riberas de los ríos de la selva, que actúan ante la aspiración de justicia de los pueblos originarios. Desempeñan los cargos de Jueces de Paz no letrados.

Para seleccionarlos en los cargos se tiene en consideración la calidad moral de las personas y la vida de las familias, donde el padre, como en el Derecho Romano, tiene un rol importante. Nos recuerda al *pater familias* romano:

Podemos invocar del Derecho Romano; D.50.16.195.1:

Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet... ²

II. FORMACIÓN DEL DERECHO LATINOAMERICANO

En la historia universal hay pocos ejemplos de unidad legislativa y jurídica, como sucedió con los países latinoamericanos, que incluso influenciaron en algunos Estados que después formaron parte de los Estados Unidos de Norteamérica, como el caso de Luisiana, que se inspiró en el Código Civil Peruano de 1852, el primero de Sud América, promulgado, como Nación. Tenemos presente que durante la Confederación Peruano Boliviana, veinte años antes, se promulgó el Código Civil Binacional, también primero del continente.

Analizando la historia, se debe reconocer que la presencia de los reyes católicos y sus sucesores influyó en la unidad de la legislación en el continente americano.

Se puede señalar las principales fuentes del sistema jurídico latinoamericano:

- a. El Derecho Romano.
- b. El Derecho Canónico.
- c. El Derecho Castellano.
- d. El Derecho Indiano.

² En CUEVAS GAYOSO, José Luis, «Costumbre Jurídica», p. 33.

Este clasificador nos muestra muy antiguas influencias normativas, desde los siglos V y VI, del auge del Derecho Romano, así como la influencia del Derecho Canónico y de las antiquísimas Siete Partidas y las Leyes del Toro.

La legislación de Castilla merece atención en cuanto se originó en el Consejo de Castilla.

Sabemos que el Derecho Indiano estaba constituido por las leyes elaboradas después de 1492, para gobernar a las poblaciones del Nuevo Mundo.

II.1 En la formación del Derecho de Indias se reconoce tres fuentes:

Derecho Romano.

Derecho Medioeval.

Derecho Moderno.

En la legislación inicial americana tuvo gran presencia el *Corpus Iuris Civilis*.

El derecho Medioeval tenía origen en el derecho consuetudinario, consuetudine, y en el derecho foral, en el Fuero Real, en las Siete Partidas y en las Leyes del Toro.

En los Diarios de Debates de las comisiones legislativas del siglo XIX, formadas por congresistas peruanos, se lee textos del Derecho Romano:

D.25.3.4 «Paul, 2. Sent: *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*»

Eran los debates de la familia que alimenta y no es que se mate directamente, sino que podría exponerse a los niños y la falta de alimentos, causarles tal daño, incluso la muerte.

II.2 El Derecho Moderno se refiere a las recopilaciones, denominadas Nueva Recopilación y después Novísima Recopilación. El cuadro de fuentes se completa con la Recopilación de Indias.

Y, entre las fuentes del estudio de la legislación latinoamericana no pueden faltar ni el derecho natural ni la Religión Católica, Apostólica y Romana.

En los siglos XVII y XVIII no se derogaban las leyes, no había una sistemática jurídica que reemplazara las antiguas normas por nuevas leyes, ni se derogaban las que eran reemplazadas por nueva legislación. Hubo casos en los que se podrían aplicar leyes contradictorias. Para los juristas de los siglos XX y XXI hubiera sido muy difícil ejercer las defensas en los tribunales, teniendo en vigor leyes no derogadas.

III. EL DERECHO PREHISPÁNICO EN EL PERÚ

Como cultura importante del Nuevo Mundo, el Imperio Incaico tenía leyes, son muy conocidas mundialmente las principales normas dirigidas como principios axiológicos en defensa de la vida y de la coexistencia pacífica en todas las comunidades:

Ama sua, Ama llulla, Ama Quella.
No robar, no mentir, no ser ocioso.

Hubo más normas morales y jurídicas de los Incas, pero las tres mencionadas figuran en muchas bibliotecas del mundo como la clave para vivir en paz, nuevo nombre del desarrollo.

Es que el Imperio extendió sus normas de orden legal, dando mucha importancia a actividades sobre previsión para evitar el hambre y las enfermedades, también aplicaron leyes referidas al cuidado del agua y a la reorientación del curso de las aguas, cuando había crecidas de ríos, mediante los andenes, extraordinarias obras de ingeniería de la antigüedad que permitía desviar el curso de los ríos hacia las tierras de agricultura.

También han quedado en los quipus, las leyes sobre la familia monogámica y sobre la edad de contraer matrimonio, recomendando 18 años a los jóvenes y 20 a los muchachos. Cada hogar recibía, en forma similar al concepto de la dote, un topo los jóvenes y medio topo las muchachas, que eran una hectárea y media hectárea de tierras de cultivo. El topo era una medida agraria similar a la moderna hectárea. Por eso es que los antiguos peruanos no sufrieron ni de la pobreza, ni del flagelo del hambre, porque todos tenían suficiente para su familia y para guardar en los tambos, lo cultivado, preparándose a posibles épocas de dificultad, debido a los cambios del clima, como sucedía desde épocas muy antiguas.

No se ha estudiado debidamente el instituto del «servinacuy», similar a la preparación de los matrimonios, pero las influencias de otras comunidades conquistadas y también la llegada de los españoles, hace algo difícil precisar la época del origen de esta costumbre o consuetudine andina que subsiste hasta nuestros días en las comunidades alto andinas del Perú y de Bolivia.

Debemos explicar que la llegada de la cultura cristiana, tuvo tal influencia, que en el Perú los matrimonios eclesiásticos tenían validez civil no solo en

la época colonial o virreinal, sino también en la era republicana, hasta el año de 1930³.

En efecto, el 5 de octubre de 1930, al promulgarse la Ley del Divorcio se modificó el Código Civil de 1852, en cuanto a la realización de los matrimonios. Pero las normas de enmienda o la difusión de tal enmienda legal no llegó a todas las comunidades nativas ni campesinas. De ahí que dada la geografía del Perú que tiene Parroquias con inmensos territorios, los sacerdotes celebrantes llegan casi siempre a las fiestas de los Santos Patronos, con su catequesis y también celebran los matrimonios religiosos de jóvenes que viven en servinacuy.

Como hay jueces legos en derecho, los jueces de Paz, la mayoría de comuneros, quechua hablantes, o pertenecientes a diversas comunidades nativas, que hablan otros 47 idiomas peruanos, no conocen la legislación moderna y con la llegada del Párroco y la celebración creen estar debidamente casados. Esta situación favoreció que en la Constitución de 1979 se reconozca el derecho de fundar familia a los convivientes. Y en el Código Civil de 1984, por el art. 326, se consagra tal derecho de los ciudadanos. Debe explicarse que los Códigos Civiles de 1936 y de 1984 legislan en base al matrimonio civil, diferenciándolo del matrimonio religioso, que en otros Estados si tiene validez civil, como tenía pleno vigor el matrimonio religioso en el Perú antes de 1930.

En Colombia, Brasil, España, Estados Unidos de Norteamérica tienen pleno vigor los matrimonios religiosos.

Considerando que muchos jueces de paz no letrados, no se han capacitado sobre legislación moderna, no hay suficiente divulgación de las normas de orden legal, porque se tendría que traducir a 47 idiomas ancestrales dichas normas.

IV. INFLUENCIA DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

El Perú, dado que fue sede del Virreynato durante varios siglos, ha tenido gran influencia económica y de orden legal en gran extensión de Latino América.

Cuando se dieron las Cortes de Cádiz, en dicha ciudad, en 1812, un peruano, Vicente Morales y Duárez, fue el Presidente de las Cortes. Dichas Cortes estuvieron formadas también por 19 peruanos Diputados de ultramar. Entre ellos destacó Dionisio Inca Yupanqui, descendiente directo de los monarcas

³ En 1930 se instituyó el matrimonio Civil en el Perú y se aprobó el divorcio de los cónyuges.

del incario. Y sus palabras quedaron grabadas en las Actas por cuanto se refirieron a la libertad. El noble Dionisio dijo: «No puede un país que lucha por su libertad, negar tal atributo a sus denominadas colonias»⁴.

Sabemos que las Cortes abolieron la Santa Inquisición, por ejemplo. Se reconocieron muchas libertades, pero la independencia de las naciones llegó después.

Una de las leyes peruanas fue el primer código sudamericano, el de la Confederación Peruano Boliviana, en 1836 tuvo gran influencia en la región. Pero hubo diversas influencias políticas y las dos repúblicas siguieron otro camino. En 1852 el Perú promulgó el primer Código Civil, como nación y tuvo influencia en varios estados, especialmente Venezuela y las jóvenes naciones centro americanas de entonces.

Siempre estaba presente, entre los legisladores el *Corpus iuris civilis*, pero también el nuevo Código Civil Francés de 1804.

En 1936 se promulgó en Lima el segundo Código Civil Peruano de 1936, en base al trabajo de una Comisión Revisora que presidió el notable jurista Juan José Calle, quien oficialmente entregó siete tomos de Exposición de Motivos con las actas de los debates de la Comisión referida. En esa histórica Exposición de Motivos, los juristas mencionan a Ulpiano, a Paulo, pero con más frecuencia a Gayo, comprobándose la influencia en el Perú de los autores del Derecho Romano.

Uno de sus aportes del segundo Código fue la institución de la Fundación y surgían al respecto numerosas consultas de varios países sudamericanos.

En 1984, cuando se promulgó el tercer Código Civil Peruano, hubo más intercambio académico y jurídico con países de la región y de otros continentes, ya que se hablaba con mayor propiedad de las formas de tenencia de la tierra y de los derechos de las Comunidades Campesinas.

El Perú, se adelantó al Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT, que recomienda la consulta previa a los pueblos originarios en casos de instalación de empresas extractivas o que pueden influir negativamente en el ambiente.

Igualmente sucedió con la promulgación del Código del Medio Ambiente de 1990. Nótese que el Perú es el tercer país del mundo que vive con el peligro del cambio climático. Además tenemos la riqueza de la Amazonía. Sin embargo, en la década de 1990, de triste recordación, se modificó muchos capítulos del Código del Medio Ambiente, dejando sin protección inmediata a

⁴ Dionisio INCA YUPANQUI, fue un notable intelectual del sur del Perú en la primera mitad del siglo XIX.

las Comunidades Nativas, pese a que el Perú había ratificado la Convención OIT N.^a 169 sobre consulta previa a las comunidades ante las actividades mineras o similares.

Los peruanos podemos decir que tenemos algunas leyes magníficas, pero su aplicación tiene en la práctica, muchos obstáculos. Las otras normas de orden legal, no tan cercanas a la realidad del país, nos dan mucho trabajo, para pedir y conseguir las enmiendas, y, luego difundirlas para el conocimiento general.

Felizmente, el Perú tiene nuevas generaciones de estudiosos y profesionales del Derecho que tienen conciencia de la realidad. Esperamos que ellos y los universitarios con conciencia clara sobre el futuro de los pueblos, hagan posible una revisión inteligente de la normatividad vigente.

V. PROPUESTAS

1. Urge difundir el estudio del Derecho Romano, para rescatar los aportes que dio a la humanidad tanto en la organización de los pueblos, como en el fortalecimiento de la institución familiar, reconociendo el valor de la modernidad en cuanto los Derechos Humanos han aportado los conceptos de igualdad de las personas y el disfrute de la libertad.

2. Se debe auspiciar el estudio del *ius puniendi* referido a los alcances del Derecho de Familia, que progresó en distintas naciones, logrando el fortalecimiento de la institución familiar, base de la sociedad.

VI. CONCLUSIONES

1. Está probado que las naciones que tienen sólida organización familiar, desarrollan dando progreso y paz a sus poblaciones.

2. Urge profundizar los estudios e investigaciones sobre la *Pax Romana*, para superar tantos conflictos que ocurren alrededor del mundo, pese a los esfuerzos de las Naciones Unidas.

3. En Estados, como el Perú, con gran población alto andina y de la Amazonía, es necesario desarrollar el derecho consuetudinario, como recomienda la Constitución Peruana en vigor, de 1993.

LLEGADA Y PERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO A LA REPÚBLICA ARGENTINA

The arrival and continuity of the Roman Law in the Argentinian Republic

MARILINA ANDREA MICELI

LETICIA INÉS NÚÑEZ

Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana (Argentina)

Resumen: El presente trabajo analiza la llegada del Derecho Romano a la República Argentina y su vigencia aplicada, de manera a veces más o menos transmutada, en los institutos de derecho actual, positivados en el código unificado que entra en vigor a partir del 1 de agosto de 2015.

Palabras clave: Derecho Romano, Derecho Civil, pervivencia, transmutación, Historia del Derecho, Derecho Vigente, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Abstract: This paper analyses the arrival of the Roman Law to the Argentinian Republic and its application and validity, in a very transmuted way, in the current institutions of law, developed in the unique code which came into force since the first of August of 2015.

Keywords: Roman Law, Civil Law, continued existence, – Transmutation – History of the Law – Existing Law – Commercial and Civil Code of the Argentinian Republic.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Llegada del derecho romano a la Republica Argentina. III.–Vigencia –pervivencia– del derecho romano en el Código civil y comercial de la República Argentina.

«Todo derecho se ha creado por razón de los hombres»

Hermogeniano¹

¹ D. L. 2 «*De statu hominus*» «*hominum causa omne ius constitutum est*».

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la República Argentina hace sujeto de imputación normativa a un ser humano integral cuyo desarrollo pleno trata de potenciar; como ser social, el ser humano entabla diversas relaciones con sus pares, cuando estas provocan, consecuencias jurídicas, en dónde derecho y deber se asumen de manera recíproca, dentro de una natural alternancia y como parte de una coexistencia normada, podemos decir, que amparados, jurídicamente, por un sistema que fija pautas y consecuencias programáticas, orientamos las conductas en torno a valores identitarios que la comunidad persigue como ideal.

Expresa Salerno: «Las normas influyen sobre la población, constituyendo en su conjunto un instrumento flexible para el comportamiento social. Organizan las relaciones intersubjetivas en todos los campos de la actividad del hombre. Esta tarea va adaptándose a las exigencias de cada época, según las necesidades y conforme las ideas predominantes. El dinamismo del derecho está dado por su poder de adaptación a las circunstancias históricas sin desnaturalizar los fines que persigue»².

Dentro de estas relaciones el sinalagma o equilibrio, es condición esencial, frente a una desigualdad; es el derecho y las herramientas normativas por él brindadas, las encargadas de proteger, compensar y fortalecer las debilidades y carencias del sistema jurídico en su conjunto.

En materia privada, hasta no hace mucho, el Código Civil de la República Argentina era considerado el más romanista de Latinoamérica, posición que se encuentra hoy discutida debido a la reforma de 2015 que unifica las materias civil y comercial en un código común en donde las citas y comentarios directos e indirectos de fuentes romanistas, que fueran incluidas en el Código de Vélez han sido suprimidas; por lo que la labor doctrinaria velezana, debe ser recordada y reinterpretada en los textos legales del nuevo código cuya, esencia mantiene.

II. LLEGADA DEL DERECHO ROMANO A LA REPÚBLICA ARGENTINA³

Indica Costa, que el derecho romano llega a Latinoamérica a través de la colonización y los Virreinos, otros lo denominan «provincias de ultramar de

² SALERNO, Marcelo Urbano «Derecho Civil Profundizado» Ed Ciudad Argentina, Bs. As. 1998, p. 240.

³ Sobre la materia puede consultarse la siguiente bibliografía: ARGUELLO, Luís Rodolfo, «Manual de derecho romano», Ed. Astrea, Bs. As. 1987; ÁLVAREZ GÓMEZ, Jesús, «Manual de Historia de la Igle-

la Corona de Castilla» España incluye y aplica el derecho romano en su legislación, (Leyes de Partidas, Nueva y Novísima Recopilación y Corpus *Iuris Civilis*). En primer lugar, el derecho romano se aplica en España como derecho provincial por la legislación especial dictada a tales efectos, esto es así, por un lado, por la ley local ordenada por el emperador Marco Aurelio para la colonia de Urso (176 d. C.); y, por el otro, mediante la legislación común sancionada para todo el imperio. Cuando la región hispánica es invadida por Bárbaros, Suevos, Vándalos y Alanos siendo los Visigodos los que se instalan definitivamente en ella y la dominan por completo, el sistema jurídico de Roma es tomado como modelo, para dictar sus propias normas⁴.

Expresa Levaggi «Es correcto afirmar que el derecho romano comenzó a ser fuente del derecho argentino con la primera romanización que experimentó la Península ibérica... El pueblo visigodo, que dominó la península, fue el que asimiló con mayor intensidad la cultura latina y, en particular, el derecho romano... De esta manera, los visigodos contaban entre sus textos la *Lex Romana Visigothorum*, la cual aseguró la permanencia del derecho romano en el sur de

sia», Ed. Publicaciones Claretianas, Madrid, 1987; BAROW, R. H., «Los Romanos», Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs As. 1950; BASSET, Úrsula Cristina, «Fideicomiso Testamentario-Una herramienta para la planificación hereditaria», Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008; BELLUSCIO, Augusto C., «Manual de derecho de familia», Ed. Depalma, Bs. As. 1991; BIANCA, Massimo, «Diritto Civile- Tomo II- La Famiglia», Milano, 1989; BIONDO BIONDI, «Il Diritto Romano Cristiano», Ed. DoTT. A. Giffre, Milano, 1952; BORDA, Guillermo, «Tratado de derecho de Familia», Ed. Perrot, Bs. As. 1988; BOSSERT, Gustavo, «Régimen jurídico del concubinato», Ed. Astrea, Bs. As. 1997; BURCKHARDT, Jacob, «Del Paganismo al cristianismo», ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F. 1996; CÓRDOBA, Marcos M., Utilidad social de la Sucesión- Asistencia- Mejora específica, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (director) de El Derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos. Ed. Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, 2010; CÓRDOBA, Marcos M. y otros. «Derecho de familia. Parte General», Ed. La Ley, Bs. As. 2005; COSTA, José Carlos. «El derecho de la familia y de las personas en Roma», Ed. Estudio, Bs. As. 1997; DALLA, Danilo, LAMBERTINI, Renzo, «Istituzioni di Diritto Romano», Ed. G. Giappichelli, Torino; DI PIETRO, Alfredo. «Derecho privado Romano», Ed. Depalma, Bs. As. 1999; GRIMAL, Pierre, «La Civilización Romana. Vida, costumbres, leyes, artes», Ed. Paidós, Bs. As. 1999; KLUGER, Viviana, «Las relaciones conyugales en el Virreinato del Río de la Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales», Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, «Tratado de derecho de Familia», Tomo I, 4.º Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As. 2006; OLMO, Juan Pablo, «Salud mental y discapacidad, análisis del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994», Ed. Dunken, Bs. As. 2015; PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «La regulación Jurídica de la muerte en Iberoamérica», Ed. Zavalía, Bs. As. 2009; PÉREZ LASALA, José Luis, «Curso de Derecho Sucesorio», Ed. Abeledo Perrot- Lexis Nexis- 2007; PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, «Derecho de Familia en el Derecho Romano», 2 da. Ed. Bs. As. 1969; SALERNO, Marcelo Urbano, «Derecho Civil Profundizado», 2 Ed, Ciudad Argentina Bs. As. 1998; SANTISO, Javier, en *Revista Familia y Sucesiones*, N.º 71, 20/05/2016. VIDAL TAQUINI, Carlos H., «El vínculo Familiar», LL 1982-B-800; ZANNONI, Eduardo A.; BOSSERT, Gustavo A., «Derecho Civil-Derecho de familia», Bs. As. 1989; www.aiepesa.org.ar/detalle/news/mejora-a-favor-del-heredero-con-discapacidad. 14/02/2019; www.nuevocodigocivil.com. 25/02/19; [www.http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/045_VILMA_VANELLA_Ponencia_Mejora_al_Heredero.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/045_VILMA_VANELLA_Ponencia_Mejora_al_Heredero.pdf). 16/01/2019.

⁴ Ver COSTA, *Derecho Romano Público y Privado*, en cualquiera de sus ediciones Lexis Nexis/ Perrot/ Abeledo- Perrot. Bs As.

Francia hasta la época de la codificación napoleónica. El proceso de romanización terminó con la redacción del *Liber Judicorum*, a mediados del siglo VII, traducido como fuero juzgo, fue una de las fuentes legales del derecho castellano, y en América, fuente del derecho indiano y del derecho nacional argentino»⁵.

Otro papel relevante para la difusión y aplicación del derecho romano en España ha tenido la creación de las universidades y la entrada en vigencia del Código Civil francés, en 1804 quien recepta el derecho romano y comienza a considerarse como modelo de la codificación moderna⁶. Levaggi expresa «... las notas del Código Civil respiran romanismo, tanto por las citas directas del *Corpus Iuris Civilis* como por las indirectas, a través de autores y códigos romanizados»⁷.

En concordancia, Catalano afirma «el romanismo nunca tuvo solución de continuidad en la América Hispánica ni en el Brasil, más bien ha sido reafirmado con fuerza por lo mayores juristas de la Independencia».⁸ Por su parte, Schipani sostiene que los criterios propios del derecho latinoamericano y de su codificación han desarrollado lo que se llama «perfeccionamiento de la trans fusión del derecho romano», porque el sistema jurídico se ha modelado bajo la influencia del sistema romanista.⁹

En su trabajo «El Derecho Romano en el Siglo XXI, manifiesta Nespral «el código francés comienza a ser tenido como modelo por la codificación latinoamericana, como en Bolivia, Perú, Chile, Uruguay, México, Argentina, Paraguay, Venezuela, Colombia, Guatemala, Honduras, El Salvador y Costa Rica»;¹⁰ explicándose así la concordancia en el análisis del derecho comparado.

Es por ello que, España por su gesta colonizadora y Francia por su labor codificadora, sumado a la creación de universidades y la enseñanza del derecho, sientan, jurídicamente, las bases romanistas en la República Argentina.

Para explicar su llegada, se han sostenido diversos criterios, quien se ha dedicado especialmente al estudio de este fenómeno, es el Dr. Agustín Díaz Bialet quien fuera catedrático titular de la Universidad Nacional de Córdoba,

⁵ El Dr. Abelardo Levaggi expuso estas ideas en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Cs. Políticas en el mes de marzo de 2014 «Cómo el Derecho Romano llegó a ser fuente del Derecho Argentino», crónica publicada en la revista de la universidad, Año XIII Edición 224 con fecha 17/4/2014.

⁶ Modelo de los códigos latinoamericanos de Bolivia, Perú, Chile, Uruguay, México, Argentina, Paraguay, Venezuela, Colombia, Guatemala, Honduras, El Salvador y Costa Rica.

⁷ Ver LEVAGGI, A., en revista Derecho al día, Año XIII Edición 224 con fecha 17/4/2014.

⁸ CATALANO P, «Sistemas Jurídicos Latinoamericanos y Derecho Romano», Revista General de Jurisprudencia, 1982, p. 61.

⁹ SCHIPANI, «El código Civil peruano y el Sistema latinoamericano», X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Perú. 1996.

¹⁰ NESPRAL, B., *El Derecho Romano en el Siglo XXI*, Mendoza, 2002, pp. 39 y ss.

dividiendo la recepción del derecho romano en nuestro país en cuatro periodos definidos.

El primero, que califica de primitivo, desde mediados del siglo xvi –inicio de la organización jurídico-política– hasta 1614 –fundación de la Universidad Mayor de San Carlos en Córdoba, éste es el periodo jurídico hispano, leyes españolas, en particular las castellanas, Partidas y Nueva Recopilación que referencian a los sabios, es decir, romanistas y santos canonistas, estas son todas las normas aplicadas por aquellos operadores jurídicos formados en Chuquisaca, universidad del virreinato.

El segundo periodo, desde 1614 en donde la enseñanza del derecho romano habría de intensificarse a partir de la fundación de San Carlos Mayor, siendo, el derecho romano, aplicado y científicamente cultivado y transferido, hasta el año 1791 año de la creación, en dicha universidad, de la primera cátedra para la enseñanza del Derecho Civil denominada Institutas. Dentro de este periodo, en 1680 se aprueba la Recopilación de las Leyes de Indias, hasta entonces, el derecho indiano, estaba contenido en cédulas reales y en órdenes expedidas por los reyes con apoyo del Consejo de Indias, rigen en el territorio con carácter especial a diferencia de las leyes españolas que poseen carácter subsidiario.

El tercer periodo, desde 1791 de enseñanza especializada del derecho romano en el derecho laico o civil, basado en la obra de Vinnius, hasta el año 1834 periodo en el que se realizan los trabajos científicos de Vélez Sarsfield sobre concordancias entre el derecho romano y el derecho patrio, específicamente, «Institutas del Derecho Real de España» concordando las leyes de las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las ordenanzas Reales de Castilla y la Nueva Recopilación, con las disposiciones correlativas de los textos romanos, obra publicada, de alto valor doctrinario. Años antes, en 1814, se crea la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, de la cual luego fuera presidente el propio Vélez Sarfield dando un giro a la enseñanza y estudio del derecho en nuestro país, sin perjuicio de suscitarse nuevos hitos dentro de este periodo como la fundación de la Universidad de Buenos Aires en 1821 y la reorganización, entre otras, de la cátedra de Derecho Romano consolidada años más tarde en 1862.

El cuarto periodo, desde 1834 hasta 1869 –sanción del Código Civil Argentino– otros señalan como fecha límite, su entrada en vigor, en el año 1871, etapa en la cual, el derecho romano se consolida mediante la obra de Vélez Sarsfield, cuyas notas, constituyen una verdadera doctrina, trasmutando el derecho romano como fuente de inspiración directa e indirecta, del Código. En el primer caso, mediante citas de la jurisprudencia romana, y en el segundo, a través de citas efectuadas de diversos autores, leyes y códigos de la época de

indudable raigambre romanista, en sus 4051 artículos, según Diaz Bialek, 799 citas están extraídos directamente de la compilación justiniana y 1303 notas hacen alusión al derecho romano como fuente de su articulado,¹¹ permitiendo aseverar su carácter jurídico romano.

La enseñanza impartida en la Universidad de Córdoba tiene gran impacto en la medida de influencia del derecho romano en nuestro país, pues es allí donde Dalmasio Vélez Sarfield estudia entre los años 1812 y 1819 alcanzando el título de bachiller en Leyes, no hay constancia auténtica de que haya alcanzado grado mayor de estudios, ello no obsta a su formación jurídico romanista.

Con un método inspirado, indirectamente, y a través del Código Civil Francés en las Institutas de Justiniano, que a su vez sigue a las de Gayo; la estructura del código velezano trata primero los derechos personales, continúa con los derechos reales y luego con las disposiciones comunes a ambas. El derecho romano se hace más visible en los títulos de obligaciones, contratos y más modestamente en el tratamiento de los derechos reales, su influencia es menor en el derecho de familia y sus derivaciones al derecho sucesorio, aunque también se encuentra presente.

Como se expresara, lamentablemente, el actual código unificado eliminó la totalidad de las notas obstaculizando la remisión directa a la génesis de cada uno de los institutos regulados, sin embargo y a pesar de ello, el contenido material del articulado no ha variado en esencia, por lo que la pervivencia del derecho romano y los principios ontológicos, por él delineados, se mantienen como característica de nuestro sistema argentino.

Como señala Nina Ponssa el Derecho Romano es un producto intelectual vigente, integrado en normas modernas, «aclarando que al estudiarlo no se lo repiensa sino, que se lo revive y se lo re-crea»¹².

III. VIGENCIA –PERVIVENCIA– DEL DERECHO ROMANO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

En el código que comenzó a regir en la República Argentina el 1 de julio de 2015, ley 26994 (vigencia según ley 27077) el centro de imputación parece desplazarse desde la protección básica de nuestra sociedad hacia la protección

¹¹ Ver COSTA, José, *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Lexis Nexis, Bs. As. 2007.

¹² PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, *Manual de Historia del derecho Romano*, LEA, Buenos Aires, p. 12.

de los distintos individuos que, interrelacionados, ocupan un lugar en las uniones interpersonales de nuestra comunidad.

El Código Civil de la Nación Argentina ha tenido varios intentos de reforma con la intención de ajustar sus normas a una realidad concreta representativa del sentir comunitario, en el año 1926 se ordenó la designación de una comisión de juristas quienes 14 años más tarde, el 1 de octubre de 1936 presentan el proyecto terminado, el trabajo se fundamentaba básicamente en un anteproyecto del Dr. Biviloni (miembro del comité).

Entre los años 1950 y 1954 el director del Instituto de Derecho Civil, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, Profesor Jorge Llambías, junto a un equipo de notables juristas elaboró una propuesta de reforma integral basado, en el anteproyecto Biviloni y el código italiano de 1942, fuente directa de una reforma posterior de 1968 incorporada por ley 17711.

En nuestro país, desde mediados del siglo pasado se postulaba la idea de unificar las obligaciones civiles y comerciales en un solo *códex*, pero es recién por decreto 191/11 que se designa a los Dres. Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, miembros de la comisión de reforma., ellos a su vez convocan a un número de juristas prestigiosos con la finalidad de consolidar la unificación perseguida, la ley es promulgada con fecha 8 de octubre de 2014 con el número 26994 y entra en vigor con fecha 1 de julio de 2015 con la emisión de una nueva ley designada con el número 27077 quien adelanta el comienzo de su obligatoriedad a la fecha mencionada¹³.

En la nueva normativa se incorpora la categoría de Persona Humana como una noción que denota principalmente la habilitación que recibe la persona para ejercer ciertos roles y capacidades dentro de la sociedad, en donde persona, ahora significa ser reconocido por los demás en dicho rol y capacidad. Se es, por la interacción con el otro, según Laje, implica que se establezca como determinante de su dignidad el respeto a su libertad»¹⁴.

Ejemplo de ello es la capacidad restringida, diferente a la incapacidad, en donde el juez tiene la facultad de limitarla para el ejercicio de determinados actos cuando considere que de no restringirla puede resultar dañoso a la persona o sus bienes; con apoyos jurídicos necesarios previstos en el Art. 43 CCyCN que coadyuvan a la finalidad de igualar su situación dentro de la relación jurí-

¹³ Ver comentario al Código Civil y Comercial de la Nación por CÓRDOBA, Marcos M., Editorial Lajouane, Bs. As. 2015.

¹⁴ LAJE, Alejandro, Introducción al Libro primero. Parte General IX, «Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994 (vigencia según ley 27077), Ed. UAI-Lajouane, Bs. As. 2015.

dica¹⁵, promoviendo la autonomía del restringido y favoreciendo sus decisiones, la guardaduría se torna un instituto utilizado sólo en casos de extrema imposibilidad.

En relación al instituto marital, el matrimonio se asume como igualitario regulando las relaciones económicas entre los cónyuges, las cargas y las contribuciones, los derechos y deberes, los alimentos e incluso las compensaciones y la atribución de la vivienda, en donde la dedicación que cada uno brinda a la familia, la educación y crianza, la colaboración prestada en las actividades profesionales o mercantiles, la salud y el patrimonio; son criterios que el juez debe considerar en caso de controversia¹⁶

El legislador ha incluido también «intereses de otras personas que integran o hayan integrado el grupo familiar» interpretación que comprende a las personas mayores que han convivido junto a los esposos en algún momento del matrimonio- en una clara contención interpersonal de apoyo normativo al más desvalido. Esto surge del análisis de la normativa del artículo 668 del CCyCN¹⁷.

Se expanden los derechos de la persona por nacer, la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al otro progenitor e incluso se prevén alimentos provisorios durante el juicio de filiación, se mejoran las garantías sobre la identidad biológica pudiendo ejercerse la interpelación a la progenitora que no revelara voluntariamente la información requerida.¹⁸ Art. 665 CCyCN Se

¹⁵ Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

¹⁶ Ver BASSET, Úrsula, en «Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994 (vigencia según leu 27077), Ed. UAI-Lajouane, Bs. As. 2015.

¹⁷ En el Art. se especifica el derecho a reclamar alimentos a los ascendientes que hasta ahora surgía de las normas de alimentos entre parientes. La acción contra los ascendientes puede acumularse a la demanda contra los progenitores o plantearse en forma autónoma. Será preciso demostrar las condiciones para su procedencia exigidas a los parientes en general., pero además deberán acreditarse las dificultades que encuentra el actor para que la obligación alimentaria sea cumplida por su progenitor, que es el primer obligado a satisfacerla. Se recepta en forma expresa esta situación que, ya había sido admitida por la jurisprudencia.

Artículo 668. «Reclamo a ascendientes». Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso., además de lo previsto en el título del parentesco debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado» / BUERES, Alberto J. Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado. Comparado y Concordado. Hammurabi. Jose Luis Depalma. Editor. 7° Reimpresion 2017. Pag 443.

¹⁸ Artículo 665 del CCyCN. Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada / BUERES, Alberto J. Código

trata de alimentos para cubrir los gastos de embarazo y de parto, y eventualmente las necesidades de la mujer, quien pudo haber visto disminuidos sus ingresos como consecuencia de la preñez.

Respecto a los menores, antes del nuevo código se regían por la ley de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N.º 26061 además de la Convención Internacional sobre los Derechos Del Niño, en la actualidad por Art. 25 CCyCN se incorpora la figura del adolescente para todo menor de entre 13 y 18 años de edad, considerando especialmente su esfera de autonomía y desarrollo personal, previendo, para el caso de diferencias con su representante legal la posibilidad de intervenir en un expediente con asistencia letrada para hacer compensar y hacer cumplir su voluntad.¹⁹ En un mismo sentido que en la *auctoritas interpositio*, en donde el tutor debía asistir personalmente al pupilo y cooperar con él en los actos jurídicos que celebre, situación que también es contemplada en el Art 43 CCyCN antes mencionado al tratar la discapacidad y el sistema de apoyos jurídicos necesarios.

Se presume además que el adolescente entre 13 y 16 años tiene, madurativamente, aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no le resulten invasivos ni comprometan de ningún modo su estado de salud o que le provoquen un riesgo grave en su integridad física o su vida. Caso contrario, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores y en caso de discrepancia, se resuelve teniendo en consideración su interés superior sobre la base de una opinión médica especializada.

Por otro lado, si bien la Ley 26.579 reduce la mayoría de edad a los 18 años, hoy se extiende el derecho alimentario hasta los 25 para el caso de que los *filius* estudien y laborar impida dicha circunstancia; lo que se busca normativamente es continuar la responsabilidad con quien se ha compartido un proyecto de vida, comprendiendo que ese hijo que está estudiando seguramente ha sido impulsado por sus padres²⁰.

Otra situación a destacar es el reconocimiento que se establece para las uniones convivenciales, al considerar a la familia como el grupo de personas conformado con el propósito de satisfacer objetivos comunes de esencia afec-

Civil y Comercial de la Nación. Analizado. Comparado y Concordado. Hammurabi. Jose Luis Depalma. Editor. 7º Reimpresión, 2017, p. 442.

¹⁹ Artículo 25. Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

²⁰ Artículo 663. Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

tiva en el cumplimiento de deberes de naturaleza solidaria, ampliando la elección de las partes respecto a los efectos causados y a causar dentro de la nueva relación parental.²¹ Art 509 CCyCN.

Al igual que en Roma, los efectos jurídicos del matrimonio distan del concubinato antiguo o unión convivencial actual. En las nuevas «Uniones Convivenciales», como su nombre lo indica la relación afectiva destaca «la convivencia» como relación de familia, para dejar sin efecto el término «concubinato» o varios otros usados popularmente por su carga social negativa. El Código nuevo admite estas uniones como una realidad y las regula. El legislador no podía permitir, que la persona que durante años atiende el hogar y la familia de su conviviente, quede desahuciada al romperse la pareja y sin recibir participación alguna en los bienes adquiridos con el esfuerzo común.

Las relaciones patrimoniales entre los convivientes, se rigen por lo acordado en los «pactos de convivencia». A falta de éstos, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad.-

En materia de derechos reales explica Pasquet es un código igualitario pues «Establece normativas que atienden a la no discriminación y a la igualdad, observando los intereses individuales y colectivos, persigue la construcción de una sociedad orientada hacia la ética de los vulnerables apuntando a la igualdad real. «²²escencia del sistema jurídico romano. En materia de sucesiones, según Olmo «Una de las mayores novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) en materia de derecho sucesorio es la mejora a favor del heredero con discapacidad. En efecto, basándose en el principio de solidaridad familiar...»²³. Art. 2448 CC y C.

La labor jurídica, según palabras de su autor, versó sobre la lectura de nuevas disposiciones a la luz de las viejas, en donde fue precisa la remisión a instituciones de tiempos remotos y origen extranjero, específicamente del derecho romano y el germánico, agregando «Debe afirmarse en términos amplios, que en los países de origen romanista las normas de ésta materia conservan la esencia de las originales. Ello resulta de la comparación entre textos legales vigentes en las estructuras jurídicas de tal fuente, arrojando la conclu-

²¹ Artículo 509. «Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo» la normativa siguiente regula los medios de prueba y efectos derivados del reconocimiento efectuado por el Art. transcriptorio. En donde sin equipararlo con el matrimonio lo eleva positivamente como nuevo instituto parental.

²² PASQUET, Alejandra, «Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994 (vigencia según ley 27077), Ed. Al-Lajouane, Bs. As. 2015, p.. XLIII.

²³ www.aiepesa.org.ar/detalle/news/mejora-a-favor-del-heredero-con-discapacidad.

sión de que es ésta la rama del derecho que se ha mantenido más inalterada en su esencia...»²⁴.

A modo de conclusión, según lo expresado, la tradición en general, y en particular la tradición jurídica propia del continente europeo a la cual pertenece nuestro país, se remonta sin solución de continuidad hasta el antiguo derecho romano que logra evolucionar a través de la aplicación de justicia al caso concreto por vía, principalmente, de la colonización española, la modelización codificadora francesa y la academia de Córdoba.

Sin perjuicio de que las notas y referencias se hayan eliminado en el código unificado, nos atrevemos, humildemente, a afirmar que la esencia de cada una de las instituciones se mantiene, podemos hacer la salvedad en el instituto familiar, en donde la autonomía de la voluntad se expande pero, aun así, es cierto que esta última reforma, habilita a las uniones convivenciales que obtienen positivación normativa como en el derecho primigenio.

Como señala Argüello la importancia del derecho romano radica en que allí «encontramos una fuente fecunda de comprensión y conocimiento de gran parte del derecho Occidental. Al estudiar hoy las instituciones jurídicas vigentes las entendemos mejor recreándolas desde su origen a través de su evolución»²⁵.

²⁴ <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4029-pietas-y-solidaridad-familiar-nuevo-codigo-civil-y-comercial-republica-1/4/2019>

²⁵ ARGÜELLO, Luís, Manual de Derecho Romano, Astrea, Buenos Aires, 1976, Pág. 12.

REMINISCENCIAS DEL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO MEXICANO: CÓDIGO CIVIL

Reminiscences of Roman Law in Mexican Law: Civil Code

GRECIA SOFÍA MUNIVE GARCÍA
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen: El Derecho Romano ha sido fundamental en la creación y conformación de los cuerpos jurídicos mexicanos, sobre todo en aquellos referentes al Derecho Civil. En la Codificación Civil de la nación mexicana podemos observar claramente las reminiscencias de diversos preceptos e instituciones jurídico-políticas, provenientes del Derecho Romano, y constatar que su esencia sigue estando vigente en la actualidad.

Palabras clave: Derecho Romano; Derecho Civil mexicano; Código Civil Mexicano.

Abstract: The Roman Law has been fundamental in the creation and conformation of Mexican legal bodies, especially in those related to Civil Law. In the Civil Codification of the Mexican nation we can clearly observe the reminiscences of various legal and political precepts and institutions, coming from Roman Law, and verify that its essence is still valid today.

Keywords: Roman Law; Mexican Civil Law; Mexican Civil Code.

SUMARIO: Introducción. I.–Antecedentes del proceso de codificación. I.1–*Corpus Iuris Civilis*. I.2–Técnica compilatoria. II.–Codificaciones modernas. II.1–Código Civil Francés. II.2–Código Civil Alemán. III.–Reminiscencias del Derecho Romano en Código Civil Mexicano. III.1–La Codificación Civil Mexicana. III.2–El Código Civil de 1870. III.3–El Código Civil de 1884. III.4–El Código Civil de 1928. IV.–Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Para comprender con claridad el mundo actual es de suma importancia estudiar la Antigüedad Clásica grecorromana en todos los ámbitos de la vida cotidiana, como, por ejemplo, el social y el jurídico.

En tanto que el Derecho Romano fue la cuna del derecho occidental, en los países de tradición jurídica romanista podemos reconocer la vigencia de muchas de sus instituciones en las legislaciones. Los Estados Unidos Mexicanos, al ser uno de los países de tradición romanista, ha sido el receptáculo de la ideología jurídica de la antigua Roma.

A través de esta investigación pretendemos mostrar la valiosa influencia del Derecho Romano en la formación de la codificación civil de la nación mexicana, la cual es de suma importancia debido a que regula las relaciones civiles entre personas. Nos interesa hacer énfasis en este cuerpo legal, porque en él podemos observar claramente las reminiscencias del Derecho Romano en la legislación mexicana y constatar que la esencia del derecho plasmado en la antigüedad romana sigue estando vigente en la actualidad.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN

Cuando analizamos el término de codificación lo podemos encontrar en dos vertientes en la tradición jurídica. *Lato sensu*, se refiere al *Corpus Iuris Civilis* justiniano, por un lado, y, por el otro, al proceso de reformulación y reconstrucción del derecho, el cual comenzó a gestarse a finales del siglo XVIII en el continente europeo. *Stricto sensu*, entendemos el proceso mediante el cual se redactan y promulgan diversos códigos con el afán de lograr una sistematización del derecho; esta acepción hace referencia a los Códigos decimonónicos, entre los cuales encontramos el *Code Civil* de 1804.¹

En la antigüedad romana, antes del surgimiento del *Corpus Iuris Civilis*, existieron otras compilaciones, sin embargo, no fueron tan trascendentes como la compilación de Justiniano; dichas obras tenían la finalidad de contener el *ius* y las *leges*. Algunos ejemplos de lo anteriormente mencionado lo encontramos en las recopilaciones privadas, como el *Codex Gregorianus* y el *Codex Hermogenianus*, y en el *Codex Theodosianus*, el cual tuvo carácter oficial. Cabe mencionar que las tres obras fueron incorporadas al *Codex* de la obra justiniana.

¹ ACEBES CORNEJO, R., *Temario Práctico de Derecho Civil. Parte general*, Barcelona, Bosch Editor, 2007, p. 29.

I.1 *Corpus Iuris Civilis*

El *Corpus Iuris Civilis* o *Cuerpo del Derecho Civil* fue una obra legislativa creada y publicada por orden del emperador Justiniano (482-565 d. C.), para hacer una edición oficial de las leyes imperiales y del derecho en general. En esta magna obra el emperador logró asegurar el renacimiento y la pervivencia del Derecho Romano de su tiempo, es decir, de la época postclásica y de la época clásica; ésta última, la cual comenzó en el año 30 a. C. y terminó en el 130 d. C., es considerada como el apogeo de la jurisprudencia romana².

La compilación justiniana se conforma de cuatro partes:

a) *Institutiones*. Fue publicada el 21 de noviembre del 533. Es una especie de introducción a la obra en general; está destinada a la enseñanza del derecho a los jóvenes, por lo cual el lenguaje que contiene en lengua latina es sencillo y claro, emulando a la obra de las *Institutiones* de Gayo.

b) *Digesto* o *Pandectas*³ (*Digesta sive Pandectae*). Fue ordenada en el año 530 y publicada en el 533. Es una antología jurisprudencial, es decir, una compilación de diversos fragmentos de jurisprudencia pertenecientes a la época clásica y postclásica del Derecho Romano. Es la parte más extensa del *Corpus Iuris Civilis* y la que más ha influido en las legislaciones posteriores.

c) *Códice* (*Codex*). La primera edición fue elaborada en el año 528 y publicada en el 529; aunque no pervivió ese *Codex* hasta nuestros días, sino que, la versión modificada actualmente conocida pertenece al año 534. Es una antología de leyes imperiales.

d) *Novellae*. Fueron las constituciones o leyes imperiales posteriores al año 534 y publicadas por Justiniano hasta el año de su deceso en el 565.⁴

Cabe mencionar que, originariamente, el término *Corpus Iuris Civilis* no fue acuñado por el emperador Justiniano, ya que él no asignó ningún título a su magna compilación; sino que su nombre se debe a una designación colectiva de la codificación justiniana, utilizada por primera vez en la edición de 1583 por *Dionysius Gothofredus* (*Godefroy*)⁵.

² KASER, M., *Derecho Romano Privado*, 2.ª ed., versión en español de la 5.ª ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982, pp. 7-10.

³ El término *Pandecta* proviene del vocablo griego παν δέχομαι, que significa «comprende todo».

⁴ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 7.ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1989, pp. 105-108.

⁵ Fue un notable jurista francés que vivió entre 1549 y 1622. Una de sus obras más importantes fue la realización de una nueva edición del *Corpus Iuris Civilis*, la cual fue publicada en Ginebra en el año 1583.

La reunión de textos que encontramos en la compilación de Justiniano se realizó sistemáticamente, ya que los textos aparecen ordenados por materias; aunque esta sistematización no es del todo rigurosa.

Consideramos de suma importancia esta obra debido a que, antes de su creación, el derecho se encontraba de manera informe, ya que se podía observar una gran acumulación de diversos textos legales pertenecientes a diferentes épocas históricas que no proporcionaban certeza jurídica. «La labor de los compiladores es, pues, trascendental e intenta poner un poco de orden donde había desorden, confusión y oscurantismo». ⁶ Con la creación y promulgación del *Corpus Iuris Civilis* se redujo la inseguridad jurídica.

I.2 Técnica compilatoria

Después de la caída del imperio romano, hubo una buena recepción y aceptación de la técnica compilatoria en Europa.

Diversos países, tomando como base el Derecho Romano y emulando al *Corpus Iuris Civilis*, utilizaron la técnica compilatoria para elaborar sus cuerpos legales, en los cuales hacen convivir al derecho de la antigüedad romana, que se había convertido en *ius commune*, y las particularidades jurídicas de cada región.

La sistematización del derecho proporcionaba seguridad jurídica al darle forma a la variedad de normas jurídicas con las que contaban los países. El nuevo Estado emergente necesitaba cambiar la situación de inseguridad jurídica, por lo cual busca crear un cuerpo jurídico sólido; los Estados toman la decisión de crear compilaciones, al igual que Justiniano lo hubiese hecho tiempo atrás, «iniciando el proceso compilador que culmina con los textos generales que van a regir hasta la llegada de los códigos ya en el siglo XIX» ⁷.

A pesar de que la fórmula compilatoria parecía óptima para la sistematización del derecho, es menester decir que, aunque proporciona una mayor seguridad jurídica, carece de originalidad y se convierte simplemente en una ordenación del derecho; también existen ciertas deficiencias en este sistema, como la inexistencia de un verdadero sistema de fuentes y de un principio de jerarquía de normas, la relatividad del principio de *lex posterior*, y el lenguaje retórico implementado.

De acuerdo con la nueva corriente de pensamiento de la filosofía racionalista del siglo XVIII, la situación que propiciaba la técnica compilatoria debía

⁶ ACEBES CORNEJO, R., *Temario Práctico de Derecho Civil. Parte general, op.cit.*, p. 30.

⁷ *Ibidem*, p. 31.

cambiar, dando un paso de las formas arcaicas, extraídas de los textos, al derecho natural; del antiguo derecho se debía avanzar a la simplicidad de los preceptos *iusnaturalistas*, los cuales se consideraban válidos para todos los pueblos. Lo anterior implicaba el exterminio del antiguo derecho. Cabe mencionar que el ideal de la filosofía del derecho de sustituir el antiguo derecho por el derecho natural no pasó de la fase experimental.

Para el Estado moderno no bastó con la técnica compilatoria, por lo cual fue necesario pasar al proceso de codificación.

II. CODIFICACIONES MODERNAS

El proceso de creación de las codificaciones modernas comenzó con el Derecho Civil. La codificación civil no alteró sustancialmente el contenido de las instituciones de esa materia.

Conforme avanzó el proceso de codificación, se abandonó el ideal *iusnaturalista* de crear y plasmar sólo algunas pocas reglas de carácter universal. Lo que en realidad se hace mediante este proceso es actualizar con un nuevo lenguaje y sistematizar las instituciones civiles, las cuales seguían estando conectadas intrínsecamente con las contenidas en el *Corpus Iuris Civilis* creado por Justiniano.

A continuación, trataremos acerca de dos de los principales Códigos del proceso codificador moderno. Cabe mencionar que, a pesar de que en 1804 fue creado el primer Código Civil en Prusia, no se ahondará en el tema, debido a que éste aún estaba sumamente conectado con las antiguas compilaciones, al contemplar una división estamental y estratificada de la sociedad; por lo anteriormente mencionado, consideramos como el primer Código Civil moderno al Código francés, por romper con el paradigma de la antigüedad.

II.1 Código Civil Francés

El Código Civil francés (*Code Civil Français*), también conocido con el nombre de Código de Napoleón es considerado como el primer Código moderno. Fue promulgado durante el gobierno de Napoleón Bonaparte el 21 de marzo de 1804 y aún se encuentra en vigor con sus respectivas adecuaciones.

Para la creación del Código Civil, Napoleón Bonaparte nombró una comisión compuesta por cuatro juristas, los cuales crearon el *Code Civil* con 2281 artículos, en los cuales se recoge y sistematiza el derecho francés pre-

existente, que estaba basado en el Derecho Romano; aunque en esta obra se agregaban las opiniones de los peritos en derecho franceses. El nuevo Código tomó como base el Derecho Romano en materia de propiedad, obligaciones y diversos contratos.⁸

Se considera una innovación debido a que rompe con la estructura jurídica del *Ancien Régime* al eliminar las normas que sólo concernían a una porción de la población y fomentaba su estratificación, es decir, formulando normas que se aplicaran de manera igual a todas las personas.

El Código Napoleónico fue una de las piedras angulares para la formación de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 de la nación mexicana.

II.2 Código Civil Alemán

Otro Código de suma importancia para la legislación civil de México fue el Código Civil Alemán, es decir, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (también conocido como *BGB*); el texto jurídico fue promulgado en 1896 y entró en vigor el primero de enero de 1900.

Después del surgimiento e implementación del Código Francés, Alemania sintió la necesidad de crear un Código Civil que organizara y sistematizara sus leyes. Durante la creación del Código surgieron diversas controversias debido a que muchos juristas se negaban a abandonar el derecho que ya veneraban como países herederos del *ius commune*, es decir, el Derecho Romano; algunos de los defensores más férreos, pertenecientes a la Escuela Histórica del Derecho, postulaban que no era necesario formular un Código, porque les parecía suficiente con el Derecho Romano y consideraban que la creación de un nuevo texto era un atentado contra su Escuela, la cual consideraban como salvaguarda del derecho de la antigua Roma.

A pesar de la controversia, *a posteriori*, se vieron en la necesidad de la formulación de un Código que sistematizara sus leyes.

El Código de Alemania fue uno de los textos que tuvo gran influencia en la creación del Código mexicano de 1928.

⁸ BATIZA, R., «El derecho romano en el Código Civil francés y en los Códigos Civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1990, p. 455.

III. REMINISCENCIAS DEL DERECHO ROMANO EN CÓDIGO CIVIL MEXICANO

III.1 La Codificación Civil Mexicana

La codificación civil en México fue un suceso relativamente moderno que comenzó a inicios del siglo XIX. Mediante este proceso se creó el cuerpo legal que contiene de manera sistemática y ordenada el Derecho Civil mexicano.

A lo largo de la historia de los Estados Unidos Mexicanos han existido diversos Códigos Civiles; sin embargo, para el propósito de nuestra investigación, solamente estudiaremos el de 1870, el de 1884 y el de 1928⁹, debido a que son aquellos en los que es más palpable la influencia del Derecho Romano.

En la legislación mexicana, al ser una nación heredera de la tradición jurídica romano germánica, podemos encontrar diversas instituciones jurídico-políticas de la antigüedad romana; sin embargo, esta herencia se localiza especialmente en la rama del Derecho Civil, sobre todo en las secciones referentes a las personas, familia, bienes, sucesiones, contratos y obligaciones.¹⁰

Un posible antecedente de la creación del Código Civil lo encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812, debido a que siguió el modelo liberal europeo, el cual contemplaba la codificación del derecho como un aspecto conveniente. A pesar de lo anterior, el proceso codificador no se llevó a cabo en esa época, debido a que, gracias al movimiento y a la guerra de independencia, se favoreció más la creación de textos constitucionales que de codificaciones. Los diversos cambios en la forma de gobierno que se suscitaron, aunado al proceso de independencia, desataron la inestabilidad de la nación mexicana, lo cual fue un obstáculo más para la creación de un Código. Posteriormente, hasta el gobierno del presidente Benito Juárez fue que se creó el Código Civil.¹¹ El proyecto de Juárez estuvo a cargo de Sierra O'Reilly, quien concluyó el proyecto en 1960; el cual, después de diversas revisiones, dio lugar al Código Civil de 1870.

⁹ Los Códigos que tomamos como base para nuestra investigación, es decir, el de 1870, 1884 y 1928 fueron creados para la regulación del Derecho Civil del antiguo Distrito Federal, que es actualmente la Ciudad de México. A pesar de que existieron otros Códigos en las entidades federativas, hemos decidido tomar los Códigos del antiguo Distrito Federal, debido a que estos eran usados como modelo para la creación de los Códigos locales.

¹⁰ Cfr. IGLESIAS R., MORINEAU M., «La influencia del derecho romano en el derecho mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928» en *Revista de Derecho Privado*, UNAM, 1992, p. 50.

¹¹ Cabe mencionar que con anterioridad a éste ya existían el Código Civil de los Estados de Oaxaca y Zacatecas, pero, por los motivos previamente expuestos, no haremos referencia a ellos.

III.2 El Código Civil de 1870

El 13 de diciembre de 1870 fue aprobado el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, después de diversas vicisitudes acontecidas en el siglo XIX como las luchas intestinas entre conservadores y liberales y la imposición del Segundo Imperio con Maximiliano de Habsburgo.

Los conflictos previamente mencionados propiciaron un cambio radical en el país que se reflejó en su legislación, no siendo una excepción el texto del Código Civil, el cual como innovación dice que «la ley civil es igual para todos, sin distinciones de personas ni de sexo»; esto rompe radicalmente con el modelo anterior en el cual se juzgaba a la persona de acuerdo con su *status* socioeconómico y sexo, lo que contribuía a una marcada estratificación social.

El código civil de 1870 comienza por indicarnos cuáles fueron las fuentes que se tomaron como base para su creación, lo cual lo encontramos en la exposición de motivos, en dónde se dice lo siguiente: «Los principios del derecho romano, nuestra complicada legislación, los códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros, y los proyectos formados en México y España, han sido los cimientos con los que la comisión ha contado, unidos a doctrinas razonadas y al conocimiento de nuestro foro. Apenas contendrá el proyecto uno ú (*sic*) otro artículo exclusivo de la comisión, porque su principio fue innovar lo menos posible; y aun en este caso prefirió casi siempre a su propio juicio, el formado sobre la materia por expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas»¹².

Como podemos notar en el texto anteriormente citado, la innovación en el contenido del texto no fue una prioridad para la Comisión encargada de la creación del Código Civil. Lo que se pretendió hacer, más bien, obedece a formar un Código claro y bien sistematizado, que tomó como modelo principal el *Code Civil*, el cual, como ya hemos mencionado, también cuenta con gran carga de Derecho Romano; con la gran influencia del *Code Civil* y del propio Derecho Romano, según lo menciona la exposición de motivos del Código Civil mexicano, podemos percatarnos de que México realmente es heredero de la tradición jurídica romana, tanto por fuentes directas como indirectas.

El Código Civil se encuentra conformado por un título preliminar y cuatro libros, los cuales se encuentran divididos en títulos y éstos, a su vez, en capítulos y artículos.

En el título preliminar podemos encontrar una clara influencia del Derecho Romano en los artículos 8, 12 y 21. El artículo 8 dice: «la ley no queda

¹² Cfr. IGLESIAS R., MORINEAU M., *op.cit.*, p.54.

abrogada ni derogada sino por otra posterior»¹³; el 12: «la capacidad jurídica se adquiere por nacimiento, pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código»¹⁴; el artículo 21: «la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, y a nadie aprovecha», lo cual nos recuerda la situación contenida en el *Digesto* 22,6,9.¹⁵

En el primer libro del Código Civil se encuentra contenido lo referente a las personas. Está constituido por trece títulos, en los cuales se contiene del artículo 22 al 777. Los primeros tres títulos tratan acerca de las personas físicas morales y del domicilio; el cuarto título habla acerca del Registro Civil; en el quinto título se tratan los temas del matrimonio y del divorcio. Con respecto al matrimonio, la institución contemplada en el Código Civil mexicano es muy similar a la que podemos encontrar en el D.23,2 *De ritu nuptiarum*, excepto porque nuestro Código lo contempla como un «contrato civil» y en la antigüedad romana no era un contrato, sino una situación *de facto*.¹⁶

A diferencia de la legislación romana contenida en el D.23,1 *De sponsalibus* y D.23,2 *De ritu nuptiarum*, en la mexicana no encontramos concatenados los esponsales con el matrimonio, ya que en el Código de 1870 no se encuentra contemplada tal institución; sin embargo, *a posteriori*, en el Código de 1928 sí aparecerá. La institución del divorcio, a pesar de estar contemplada en la legislación mexicana, es diferente al modelo planteado en roma, ya que sólo «suspende algunas de las obligaciones civiles»¹⁷ surgidas del matrimonio, pero no disuelve el vínculo matrimonial como en el Derecho Romano. El título noveno y décimo corresponden a la tutela y a la curatela, conservando lo establecido por el derecho de la antigüedad romana; el título décimo tercero del primer libro trata acerca de los ausentes e ignorados, «conceptos que nos remitan forzosamente a pensar en el *postliminium romano* (D.49,15)».¹⁸

El libro segundo, el cual abarca del artículo 778 al 1387 se encuentra dividido en ocho títulos, que tratan acerca de los bienes y de la propiedad. Los dos primeros títulos hablan de las disposiciones generales y la clasificación de

¹³ El contenido de este artículo es similar al del *Digesto* 1, 3, 26-28.

¹⁴ «Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit» (D. 1,5, 7). «Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse...» (D. 1, 5, 26).

¹⁵ «Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet si non ei summa negligentia obiiciatur.» (D. 22, 6, 9).

¹⁶ Artículo 163 del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*.

¹⁷ Artículo 239 del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*.

¹⁸ IGLESIAS R., MORINEAU M., *op. cit.*, p. 55. El título 15 del libro 49 del *Digesto* trata acerca de los cautivos y del postliminio y de los rescatados de los enemigos (*De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus*).

los bienes, la cual es semejante a la ya establecida en la antigua Roma. El título tercero y cuarto hacen referencia al derecho de propiedad y a la posesión, emulando a las instituciones romanas. El título quinto y sexto tratan acerca de los derechos reales, como el usufructo y la servidumbre, igualmente, tomando como base el derecho romano que podemos encontrar en los libros 7 y 8 del *Digesto*¹⁹. El título séptimo trata acerca de la prescripción, la cual es similar a la contemplada en Roma. El título octavo se refiere a la regulación del trabajo, siendo este último el único que no se asemeja a los *praecepta iuris* del derecho romano.

El libro tercero, que trata acerca de los contratos, es la parte más extensa del Código, abarcando desde el artículo 1388 hasta el 3363, divididos en 23 títulos. En los cinco primeros títulos se regulan las generalidades de los contratos y las características de las obligaciones; *a posteriori*, en los siguientes títulos se establecen y regulan los diversos tipos de contratos. A través de este libro podemos constatar que la base de los contratos y obligaciones en la legislación mexicana tiene la esencia del derecho romano, ya que esta parte fue tomada del *Code Civil*, la cual, en esta materia, era casi una calca del Derecho Romano.

El libro cuarto versa sobre materia sucesoria. Con respecto a este tema, el Código Civil mexicano «limita la libertad de disposición del testador, regulando la porción legítima, igual que lo hizo el derecho justinianeo».²⁰

III.3. El Código Civil de 1884

Tiempo después de la promulgación del Código de 1870, se consideró que sería óptimo modificarlo para adecuarlo a las necesidades de la sociedad y en función de las reformas liberales emergentes; aunque en realidad no fueron muchas las reformas en este tiempo, debido a que no surgieron grandes movimientos sociales en la nación mexicana, el Código no sólo se reformó, sino que se promulgó uno nuevo.

El 14 de diciembre de 1883 fue promulgado un nuevo *Código Civil del Distrito Federal y de la Baja California*, el cual entró en vigor el primero de junio de 1884. Este código, *de facto*, no representa ninguna innovación, ya que es muy similar al anterior de 1870 con ciertas modificaciones, las cuales son

¹⁹ El libro 7 del *Digesto* lleva por rúbrica «*De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*»; el *Digesto* 8 lleva la de «*De servitutibus*».

²⁰ IGLESIAS R., MORINEAU M., *op. cit.*, p. 56.

realmente escasas. Las modificaciones más importantes en el texto fueron las concernientes a la supresión de la herencia forzosa y la implantación de la libertad de testar.²¹

Este Código contiene 3823 artículos, que se encuentran distribuidos en títulos y, éstos, a su vez, están divididos en capítulos. Al igual que el Código anterior, cuenta con un título preliminar y cuatro libros.

El título preliminar trata acerca de las reglas generales de la aplicación de la ley.

El libro primero contiene el tema de las personas. Su contenido es prácticamente el mismo que el del Código anterior, excepto porque, con respecto al divorcio, se incluyeron algunas causales.

El segundo libro es relativo a los bienes; el tercero, que trata la temática de los contratos, sólo sufrió algunos ajustes con respecto a la hipoteca, el mandato y la compraventa; el cuarto trata acerca de las sucesiones, en donde no encontramos un cambio significativo.

Este nuevo Código mantuvo las bases que el anterior había tomado del Derecho Romano y de sus instituciones, debido a que más del 90% fue igual al de 1870.²²

III.4 El Código Civil de 1928

A partir de 1900, sobre todo en las primeras dos décadas, México sufrió grandes transformaciones debido a los diversos movimientos sociopolíticos que se suscitaron, que conocemos como «Revolución Mexicana»²³; la cual fue el rompimiento con el antiguo régimen, dando paso a un nuevo Estado que se coronó con la creación de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* del 5 de febrero de 1917, que traería consigo grandes modificaciones en el ámbito jurídico. Dichas modificaciones serían integradas en el nuevo *Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común y*

²¹ BATIZA, R., «El derecho romano en el Código Civil francés y en los Códigos Civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1990, p. 474.

²² IGLESIAS R., MORINEAU M., *op. cit.*, p. 58.

²³ La Revolución mexicana fue un conflicto armado que se suscitó en México el 20 de noviembre de 1910. El evento que desencadenó tal conflicto fue el malestar social ante el régimen del Porfiriato, es decir, la dictadura de una duración de 34 años del General Porfirio Díaz, el cual había permanecido en el poder con el cargo de presidente desde 1876. A pesar de que, durante el régimen dictatorial del General Díaz la nación mexicana experimentó un gran incremento económico y estabilidad política, los beneficios no fueron tangibles para la mayoría de la sociedad, ya que tal régimen sólo contempló a unos pocos privilegiados, confinando a la mayoría de la población a la miseria.

para toda la República en materia federal del 30 de agosto de 1928, que entró en vigor hasta el 1.º de octubre de 1832.

Este Código, a diferencia de su predecesor, sí fue una innovación, debido a que respondía a los fuertes cambios por los que había atravesado la nación mexicana, los cuales dieron como resultado una mayor exigencia de garantía de los derechos sociales de la población.

Para su creación fueron tomados como inspiración los Códigos Civiles de Suiza, España, Alemania y Brasil.

Este nuevo Código estuvo integrado por 3044 artículos, los cuales se distribuyeron en cuatro libros, subdivididos en capítulos.

El texto, en primer lugar, contenía una sección de disposiciones preliminares, las cuales son iguales a las de los dos Códigos anteriormente mencionados.

El primer libro trata acerca de las personas y del derecho familiar. En líneas generales trata de las personas físicas y morales, lo relacionado con el Registro Civil, el matrimonio, la patria potestad, la tutela y el patrimonio de la familia, en las cuales podemos encontrar visos de la tradición jurídica romana, ya que las instituciones contenidas en el Código Civil mexicano son muy similares. Con respecto al divorcio, en este Código se trata como en el Derecho Romano, es decir, como la disolución del vínculo matrimonial y no sólo como la suspensión de algunas de las obligaciones civiles; asimismo, el Código introdujo la figura de la promesa de matrimonio o de los esponsales, la cual es muy parecida a la que se menciona en el *D. 23,1 (De sponslibus)*. Los esponsales pervivieron mucho tiempo ahí, hasta que fue derogada la parte que trataba de ellos el 23 de enero de 2013 por ser considerada como obsoleta e inoperante para la sociedad mexicana; cabe mencionar que, aunque fue derogada la parte correspondiente a esa institución en el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, esta institución aún pervive en los Códigos Civiles de algunas de las 32 Entidades Federativas que conforman los Estados Unidos Mexicanos.

El libro segundo, al igual que los anteriores, trata acerca de los bienes. Las modificaciones más importantes en este nuevo Código fueron con respecto a la posesión y a las servidumbres.

El tercer libro, referente al derecho sucesorio, sigue la directriz ya marcada por sus predecesores, excepto porque en él se integra por primera vez el testamento ológrafo, sin necesidad de la intervención de un notario. También se realizaron algunas modificaciones con respecto a la capacidad de testar y heredar de los ministros de culto y con relación a la figura del albacea.

El libro cuarto trata acerca de las obligaciones. Los cambios que se efectuaron con respecto a este tema tienen que ver con la nueva situación del país y del mundo, *a posteriori* de la Segunda Guerra Mundial; la concepción del dere-

cho pasa a fijarse más en los intereses de la sociedad que en los intereses individuales.²⁴ Se reglamentó lo referente a la simulación en los contratos, lo referente a las obligaciones que surgen por declaración unilateral; se introdujeron modificaciones en materia de compraventa y con respecto al arrendamiento.

Cabe mencionar que este Código es muy importante para la nación mexicana debido a que en él se formalizó el ideal de socializar el derecho civil, tratando de lograr la creación de un derecho privado social. Tal es su importancia que aún se encuentra vigente en el antiguo Distrito Federal, ahora llamado Ciudad de México, con sus respectivas adecuaciones.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho Romano aún pervive en las legislaciones que provienen de la tradición jurídica romano germánica.

En la nación mexicana, que es heredera de tal tradición, aún es posible encontrar diversas reminiscencias del derecho y de las instituciones jurídico-políticas de la antigüedad romana, especialmente en los textos concernientes al Derecho Civil. Lo anteriormente mencionado, lo podemos constatar al estudiar la recepción del Derecho Romano en los Códigos Civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928.

Debido a que somos parte de una tradición que procede del Derecho Romano, es necesario seguir estudiándolo, porque no es posible comprender nuestro presente y, mucho menos, tener una perspectiva del futuro, si somos omisos de la magnánima herencia que nos ha legado la gran Roma.

²⁴ IGLESIAS R., MORINEAU M., *op. cit.*, p. 61.

**EL PRIMER WENCESLAO ROCES: DERECHO,
IDEALISMO Y REBELDÍA (1922-1931)**

The first Wenceslao Roces: Law, idealism and rebellion (1922-1931)

BENJAMÍN RIVAYA
Universidad de Oviedo

Resumen: Wenceslao Roces, catedrático de Derecho romano de la Universidad de Salamanca, probablemente es el mayor traductor a la lengua española de obras de filosofía y ciencias sociales. En su apasionante biografía se distinguen dos etapas: la más conocida es la segunda, marxista, convertido en un dirigente del Partido comunista, pero aquí se expone la primera, cuando es un seguidor de neokantismo de Rudolf Stammler.

Palabras clave: Pensamiento jurídico; Miguel de Unamuno; Marxismo; Neokantismo; Jurisprudencia de intereses; Derecho natural; Pedagogía jurídica.

Abstract: Professor of Roman Law at the University of Salamanca, Wenceslao Roces is probably the greatest translator to the Spanish language of books of philosophy and social sciences. In his fascinating biography two stages are distinguished. The best known is the second, when he is a marxist, but this article is about the first, when he is a neokantian, disciple of Rudolf Stammler.

Keywords: Legal Thought; Miguel de Unamuno; Marxism; Neokantianism; Jurisprudence of Interests; Natural Law; Legal Pedagogy.

SUMARIO: I.—Unamuno y Roces contra el dictador. II.—La colaboración en la Revista de Derecho Privado y en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. III.—Stammler en España.

En el ámbito del pensamiento, hay personas que cumplen una función tan importante que sin ellas la cultura no se hallaría en el punto en el que se encuentra y, sin embargo, no son ya no reconocidas sino ni siquiera conocidas. No me refiero a filósofos o científicos sociales que, aun teniendo una obra propia interesante, carecieron en cambio de la fortuna de ser leídos o valorados con justicia, sino a otros cuya labor fundamental consistió en traducir, labor de la que depende la importancia de una lengua, que no puede carecer de versiones de los grandes autores que escribieron en otros idiomas. Pues bien, no es un exceso decir que Wenceslao Roces es uno de los mayores traductores de todos los tiempos a la lengua castellana, quizás el mayor: tradujo más de sesenta mil páginas, probablemente muchas más (pues se trata ésta de una estimación que sólo tiene en cuenta la labor traductora de la que tengo noticia, cuando también sé que hay libros traducidos por él, quizás un buen número, que desconozco y otros en los que, por lo que fuera, no quiso aparecer como traductor); más de sesenta mil páginas de autores fundamentales para la filosofía, las humanidades y las ciencias sociales. Sin embargo, salvo en ambientes muy ilustrados, resulta ignorado, incluso en Asturias¹.

Porque Wenceslao Roces nació en Asturias, en Soto de Sobrescobio, conocido usualmente como Soto de Agues, el 3 de febrero de 1897, y pasaría la mayor parte de su infancia en Gijón. Estudiaría la carrera de Derecho en la Universidad de Oviedo, poniéndole fin el curso 1918-19, con el Premio Extraordinario de Licenciatura. En 1920 se doctora en Madrid, en la Universidad Central, con una tesis titulada *El caso fortuito en el Derecho de obligaciones*, con la que obtiene el Premio Extraordinario de Doctorado, y ese mismo año

¹ Para quien desee profundizar en la biografía de Wenceslao Roces, una entrevista en la que repasa su vida y obra, se encuentra en Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA, *España desde México. Vida y testimonio de transterrados*, México, UNAM, 1978. Estudios diversos son los de Benjamín RIVAYA, «Comunismo y compromiso intelectual: Wenceslao Roces», *Papeles de la FIM* 14, 2000; «De la Extensión Universitaria a la revolución proletaria: el caso de Wenceslao Roces», *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos* 153, 1999; Adolfo SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «En homenaje a un español ejemplar: Wenceslao Roces», en *Del exilio en México. Recuerdos y reflexiones*, Grijalbo, México D. F., 1997; José María LASO PRIETO, «Wenceslao Roces: un intelectual comunista», *Mundo Obrero*, marzo de 1993; Pedro RIBAS, *La introducción del marxismo en España (1869-1939), Ensayo bibliográfico*, Madrid, Ediciones de la Torre, 1981; *Aproximación a la historia del marxismo español, (1869-1939)*, Madrid, Endymion, 1990; María Aránzazu DÍAZ-REGAÑÓN y A. SANTOS, «Wenceslao Roces: el exilio cultural republicano en México», en José María BALCELLS y José Antonio Pérez Bowie, eds., *El exilio cultural de la guerra civil (1936-1939)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2001; Eva Elizabeth MARTÍNEZ CHÁVEZ, «Roces Suárez, Wenceslao (1897-1992)», http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/rsuarez#topofmypage (consulta: 23 de marzo de 2019). Puesto que la impresionante labor de Roces fue sobre todo traductora, conviene conocer, aunque sólo sea aproximadamente, los libros que vertió al castellano; *vid.* Benjamín RIVAYA, «Bibliografía de Wenceslao Roces», *Papeles de la FIM* 15, 2000.

obtiene una beca de la Junta para la Ampliación de Estudios, con la que se establecerá en Alemania hasta 1922, donde conseguirá un inmejorable conocimiento del idioma, trabajando allí bajo la dirección de Otto Lenel, el romanista, y Rudolf Stammler, el iusfilósofo.

Encontrándose en Berlín, Wenceslao Roces tiene noticia de la convocatoria de la oposición para cubrir la plaza de catedrático de *Instituciones de Derecho Romano*, en la Universidad de Salamanca, y solicita ser admitido. Un año más tarde, en abril de 1923, se celebran los ejercicios de la misma. El tribunal estará presidido por Luis Maldonado, catedrático de la Universidad de Salamanca y ex-consejero de Instrucción Pública, actuando como vocales José Castillejo, José Fernández González, José López de Rueda y Laureano Sánchez Gallego. De entre los ocho firmantes sólo tres se presentarían: Wenceslao Roces Suárez, Esteban Madruga Jiménez y Carlos Sánchez Peguero. Además del programa correspondiente, Wenceslao Roces presentará un trabajo inédito, y que –creo– no llegaría a publicarse, titulado «Génesis de la superficie como derecho real dentro del Derecho Romano clásico». Celebrados los ejercicios, Sánchez Gallego votó por la no provisión, López de Rueda por Sánchez Peguero, y Fernández González, Castillejo y Maldonado por Wenceslao Roces². Amén de la indiscutible preparación del candidato propuesto, hay que suponer que contó con el apoyo incondicional de Castillejo, cuando aquél había sido becario de la Junta y, además, al igual que éste, había estudiado con Stammler en Alemania³. El hecho de que el nuevo catedrático de Derecho Romano tuviera una formación iusfilosófica explica que posteriormente, en 1925, firmara

² Toda la información de la oposición se encuentra en Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, legajo n.º 5371.

³ Posiblemente fue José Castillejo, pensionado por la Universidad de Oviedo, el primer español que estudiara en Berlín con Stammler: *vid.* Juan José GIL CREMADES, «Estudio Preliminar» a Karl ENGLISH, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (trad. por J. J. Gil Cremades), Pamplona, Universidad de Navarra, 1968 (p. 9-67), p. 11; Justo FORMENTIN IBAÑEZ y M.^a José VILLEGAS SANZ, «Castillejo, organizador de la Junta para la Ampliación de Estudios y de la Fundación Nacional para Investigaciones Científicas», en José Castillejo y la política europeísta para la reforma educativa española, Ciudad Real, Diputación de Ciudad Real, 1987 (p. 103-138), p. 107; Juan VELARDE FUERTES, «Primera aproximación al estudio de la Universidad de Oviedo como enlace entre la Institución Libre de Enseñanza y el Instituto de Reformas Sociales», en Manuel TUÑÓN DE LARA y Jean-Francois BOTREL, *Movimiento obrero, política y literatura en la España contemporánea*, Madrid, Edicusa, 1974 (p. 223-240), p. 231. Sobre aquel viaje de Castillejo es fundamental conocer el informe que él mismo escribiría posteriormente, informe en el que se aprecia su admiración por Stammler: José CASTILLEJO, «Memoria presentada por el segundo pensionado de la Universidad de Oviedo», *Anales de la Universidad de Oviedo* III, 1903-1905 (p. 149-191). *Vid.* también Benjamín RIVAYA, «Una historia del Derecho natural y la filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo», en Santos Coronas, coord., *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2010 (p. 353-376).

las oposiciones para cubrir la cátedra de *Elementos de Derecho Natural*, en la Universidad de Oviedo, oposiciones a las que no llegaría a presentarse⁴.

Si cabe distinguir una etapa española y otra mexicana en la vida de Rocés, en la primera la adscripción del asturiano será siempre a la disciplina de Derecho romano⁵, y casi siempre a la Universidad de Salamanca⁶, hasta que en 1931 se vaya para la capital. Si cabe distinguir con un criterio ideológico entre un primer y un segundo Rocés, el primero coincide con el ejercicio de la cátedra de Derecho romano en Salamanca, precisamente, y se caracteriza por su filiación idealista, nekantiana; mientras que el segundo es el Rocés que abandona la cátedra y se va para Madrid, convertido al marxismo, militando en el Partido comunista y entregado a la revolución social.

Recién adquirida la cátedra, instalado ya en Salamanca, el nuevo curso se abre con el golpe de Estado de Primo de Rivera, el 13 de septiembre. Rocés será uno de los pocos que desde un principio se declare firme opositor a la dictadura. Allí, además, se encontraba Unamuno, que pronto se convertiría en el símbolo de la lucha contra el Directorio.

⁴ La instancia de Wenceslao Rocés en Archivo General de la Administración, Sección Educación y Ciencia, Caja 16.581. Respecto a la oposición citada, es razonable que el romanista no se presentara, cuando el tribunal estuvo controlado por juristas escolásticos: *vid.* Benjamín RIVAYA, «Personalismo, democracia cristiana y filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI, 1994 (p. 497-520), p. 499 y n. Hay referencias a la cátedra en las memorias de quien mercedamente la obtendría, Alfredo MENDIZÁBAL, *Pretérito imperfecto. Memorias de un utopista*, Oviedo, RIDEA, 2009 (335 p.), p. 73-74.

⁵ La dedicación de Rocés al Derecho Romano fue peculiar. Entre sus trabajos algunos hay que tratan de esta disciplina pero no llegan a constituir un número significativo. Realmente le interesaban todas las ramas del Derecho, especialmente su filosofía, y puesto que le atraían todas las disciplinas jurídicas, si obtuvo cátedra de Derecho Romano posiblemente se debió a la estimación de Castillejo, quien supo ver el rigor y la inmensa capacidad de Rocés. Entre las principales traducciones que dedicó al Derecho Romano están: Robert VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Labor, 1.931 (2 vols.); Rudolf SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano: historia y sistema*, Madrid, RDP, 1.928 (711 p.), libro éste que sirvió como manual a multitud de promociones. Mucho después aportaría una nueva visión del Derecho Romano en un artículo que tituló «Necesidad de actualizar la enseñanza del Derecho Romano: Derecho Romano y marxismo», *INDEX* 4, 1.973 (p. 35-45). En todo caso, también fue un especialista en la historia de Roma, respecto a la cual tradujo varios libros: Ludwig FRIEDLAENDER, *La sociedad romana: historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México, FCE, 1.946 (1.216 p.); Ferdinand GREGOROVIVUS, *Roma y Atenas en la Edad Media y otros ensayos*, México, FCE, 1.946 (417 p.); Theodor MOMMSEN, *El mundo de los Césares*, México, FCE, 1.983 (766 p.).

⁶ Salvo el tiempo en que estuvo sancionado con la separación, Rocés fue catedrático de la Universidad de Salamanca entre 1923 y 1931, cesando entonces por excedencia voluntaria, y luego de la Universidad de Murcia, entre 1936 y 1939, si bien de esta última incluso tomaría posesión en la Universidad de Madrid. En el año 38 se reintegra al servicio activo en la Universidad de Sevilla (*Gaceta de la República* n.º 51, 20-II-1.938). Ese mismo año se le nombra profesor agregado en la Universidad de Barcelona: Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 31.025. Evidentemente, se trata de datos confusos y, seguramente, erróneos. Sin embargo los transcribo tal cual constan en el expediente citado.

I. UNAMUNO Y ROCES CONTRA EL DICTADOR

La relación entre Rocés y Unamuno debió de comenzar desde que el nuevo catedrático de la Universidad de Salamanca se instaló en la ciudad, y probablemente por la admiración que el romanista le profesaba⁷. Entre ambos surgió una gran amistad⁸, tanto como para que cada uno de ellos conociera en la intimidad a la familia del otro⁹. Pero su contacto pasó de ser simplemente personal, toda vez que ambos se significaron por su abierta y decidida oposición contra el dictador. Ya se conocen bastante las peripecias de Unamuno. En síntesis, tras el golpe de Primo de Rivera la mayor parte de los intelectuales mostraron un apoyo más bien tibio, mientras que fueron los menos quienes se opusieron radicalmente al nuevo estado de cosas. De entre éstos, Unamuno fue el más significado y, tras varias declaraciones, fue sancionado con el destierro¹⁰. Wenceslao Rocés acompañó a Unamuno a Madrid para despedirle cuando éste iniciaba viaje a Fuerteventura, donde sería confinado¹¹. A partir de aquí se iniciará una correspondencia entre los dos profesores que duraría, al menos, hasta el año 30¹². En ella se refleja la lucha que ambos encabezaron contra la

⁷ También es posible que influyera la relación que unía a Castillejo con Unamuno: *vid.* Justo FORMENTIN y M.^a José VILLEGAS, «Castillejo, organizador de la *Junta para la Ampliación de Estudios* y de la *Fundación Nacional para Investigaciones Científicas*», cit., p. 119. A este respecto, téngase en cuenta también el vínculo que existió entre Unamuno y Giner: *vid.* M.^a Dolores GOMEZ MOLLEDA, *Unamuno «agitador de espíritus» y Giner de los Ríos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1976 (102 p.).

⁸ Colette y Jena-Claude Rabaté llaman a Rocés «amigo fiel», en su monumental *Miguel de Unamuno. Biografía*, Madrid, Taurus, 2009 (784 p.), p. 548.

⁹ *Vid.* la entrevista que Jaime Huelga García le hace a Felisa García Suárez, prima de Wenceslao Rocés: «Felisa García Suárez, la mujer que conoció a Unamuno», *Alto Nalón* 15, octubre-noviembre de 1984, p. 6-7.

¹⁰ Para ilustrar esta etapa de la vida de Unamuno y su enfrentamiento con la dictadura, *vid.* Genoveva GARCÍA QUEIPO DE LLANO, *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera*, Madrid, Alianza Editorial, 1987 (560 p.).

¹¹ Lo que le valdrá al romanista una sanción de suspensión del sueldo por ocho días, por haberse ausentado sin permiso: *vid.* Archivo de la Universidad de Salamanca, Caja n.º 1.340/24; y Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 31.025. A partir de entonces, en varias ocasiones Rocés se enfrentaría a las autoridades académicas y se le abrirían varios expedientes, aunque sin mayores consecuencias. En 1929 se le impone la sanción de separación definitiva del profesorado, pero meses después se levanta el castigo: *vid.* el expediente citado de Archivo de la Universidad de Salamanca.

¹² La correspondencia que Rocés dirigió a Unamuno se conserva en el Fondo Miguel de Unamuno de la Universidad de Salamanca. Son un total de 36 misivas, casi todas cartas y algún telegrama, y se extienden desde el 6 de abril de 1924 hasta 1930 (en las dos últimas no consta fecha). En el cuerpo de este trabajo se citarán por la numeración del Archivo y la fecha en que fueron escritas. Lo que no deja de ser sorprendente, esa correspondencia aún no ha sido nunca publicada, tampoco en el libro de Dolores GOMEZ MOLLEDA, *El socialismo español y los intelectuales. Cartas de Líderes del movimiento obrero a Miguel de Unamuno*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1980 (550 p.). En cuanto a las que dirigió Unamuno a Rocés, salvo una, que yo sepa no se conservan, aunque desde luego podrían aparecer, pero no obran en el archivo que Rocés dejó a su muerte, según información de don Carlos Rocés Dorrnsoro. Respecto a la única carta de la que tengo noticia que Unamuno dirigió a Rocés, de 23-VII-1927, se encontraba en pose-

Dictadura. Precisamente para dar a conocer el castigo que se hizo recaer sobre Unamuno, Roces, junto con Trías y Rodríguez Mata, escribió una carta a Alfredo L. Palacios, director de *La Razón*, diario de Buenos Aires, en la cual juzgaban intolerable la situación de España y pedían la solidaridad americana: «La causa es universal, es la causa de la libertad, del espíritu y del Derecho»¹³. A los tres citados les valió el procesamiento por verter «conceptos desaprensivos e injuriosos para los Generales que componen el Directorio»¹⁴.

En cuanto a la correspondencia que Roces remite a Unamuno, curiosamente la primera comunicación se la envía a un desconocido, aunque su destinatario último es aquél; es un telegrama que sólo dice: «¡¡Viva la inteligencia!! Abrázale» (n.º 1, 6-IV-24)¹⁵. Después serán más o menos largas cartas en las que Roces se queja agriamente del estado de cosas imperante, idea proyectos para acabar con la Dictadura o informa a Unamuno de diversas gestiones que realiza en su favor, le da noticias de su familia y resuelve malos entendidos¹⁶. El golpe de Primo no pudo ser «ni más tosco ni más burdo» – dice (n.º 2, 5-V-24)–, pero la «impresión de la gente aquí es que esto se consolida (¡!) con cada día que pasa» (n.º 3, 19-V-24). Realmente la impresión variará según la fecha: «En estos últimos días pareció que, por momentos, cambiaba la faz de esta situación bochornosa [...] todo se halla pendiente de

sión de don Miguel Quiroga Unamuno y ha sido publicada en Miguel DE UNAMUNO, *Epistolario inédito* (edición de Laureano Robles), Madrid, Espasa-Calpe, 1991 (2 vols.), vol. II, pp. 226-227.

¹³ *La Razón*, 24-IV-1924. En Salamanca la prensa se hizo eco de las cartas publicadas en *La Razón*, apareciendo algún artículo insultante contra «don Fulano Roces». Vid. el exp. de la Universidad de Salamanca, del Fondo Miguel de Unamuno.

¹⁴ Vid. Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 31025.

¹⁵ Téngase en cuenta que por aquellas fechas Unamuno reivindica la inteligencia: «Siempre, y ahora más que nunca, hay que proclamar la primacía de la inteligencia», en «Matriotismo», *Nuevo Mundo*, 1-X-1.923, recogido en Miguel DE UNAMUNO, *Pensamiento político* (Selección de textos y estudio preliminar por Elías Díaz), Madrid, Tecnos, 1965 (891 p.), p. 617. Más expresamente: «Ahora, en momentos críticos para el porvenir de la civilización española, en momentos que han de marcar uno de los hitos de nuestra historia, volvemos a afirmar el valor de la inteligencia. Y que no hay valor sin inteligencia», en «A los treinta y dos años», recogido en Miguel DE UNAMUNO, *Recuerdos e intimidades* (prólogo de Julián Marías), Madrid, Tebas, 1975 (616 p.), p. 512.

¹⁶ Que la relación de Roces y Unamuno era estrecha lo demuestran las frecuentes visitas que el primero realizaba a la familia del segundo, con lo que podía darle noticias acerca de su estado. En una ocasión le dirá: «Ya puede Vd. estar satisfecho de Dña. Concha, su seguidora más fiel. Pocas mujeres así eran necesarias para acabar con esta basura» (n.º 30, 10-I-28). O le felicitará por haber sido abuelo (n.º 31, sin fecha). En cuanto a los distanciamientos, merece la pena apuntar uno que se produjo en 1924. Un tal Villalobos hizo correr por Salamanca la voz de que había recibido carta de Unamuno en la que éste afirmaba la «necesidad de salvar al rey para salvarnos todos». «La cosa es absurda, muy absurda –le dice Roces a Unamuno–, y nadie que haya puesto en Vd. su fe y su pasión de amigo puede creerla» (n.º 13, 2-XII-24). En la siguiente misiva que le envía se refiere a la carta recibida por Villalobos, «más auténtica, desdichadamente, de lo que hubiéramos deseado y firmemente creíamos» (n.º 14, 15-XII-24). Sin embargo, en carta que Unamuno dirige a Roces en 1927, aquél tajantemente le dice a éste que el rey «ya ha caído para siempre y no tiene salida alguna», en Miguel DE UNAMUNO, *Epistolario inédito*, cit., vol. II, p. 227.

la terrible incognita de Marruecos» (n.º 6, 29-IX-24)¹⁷. Años más tarde, a la vuelta de un viaje a la capital, todavía le dirá que por «Madrid aseguraban un cambio muy próximo» (n.º 27, 4-VII-27). En cualquier caso, no se ahorrará insultos: el «zaño Primo» se convierte en «Timo de Primera», como lo llaman en la capital (n.º 3, 19-V-24); la dictadura «no es Dictadura ni es nada!! Y yo me irrito sobremanera cada vez que oigo motejar a *esto* de «Dictadura». La Dictadura es un especial régimen jurídico, a su modo, y esto es arbitrariedad de cretinismo, despotismo, chulería» (n.º 7, 4-X-24); en el fondo se trata de «un estado de hecho sin la menor base jurídica» (n.º 10, 23-X-24). Sólo siente «repugnancia -le dice- de vivir en España bajo este régimen» (n.º 8, 17-X-24). Especialmente la clase política será el blanco de sus ácidos comentarios. Aunque luego también rectificará esta opinión, «en Madrid -comenta-, sólo Ossorio me dio la impresión de hombre. ¡Qué miseria y degradación todos los demás *sabios y políticos!*» (n.º 5, 28-VII-24)¹⁸. Más adelante, tampoco Ossorio se salvará, cuando critique a los «demócratas», «estos señoritos que sólo son capaces de exaltarse *un poco* (con la debida medida) a los postres de un banquete o en los florilegios de una velada necrológica. Y poco a poco se han ido apagando todas las luces, o mejor fuegos fatuos, de rebeldía: Ossorio, Sánchez Guerra, Fdo. de los Ríos, Berenguer el de las feroces portuguesadas» (n.º 18, 10-IV-25). En cuanto a Ortega, lo llama «el hombre de las «valoraciones» (n.º 5, 28-VII-24)¹⁹, lo que demuestra que tampoco estima su actitud ante la dictadura²⁰. En general arremete contra los políticos «antiguos» y contra los nuevos, los socialistas, y dentro de ellos no sólo contra Fernando de los Ríos sino contra los «trapicheos» de «estos Besteiros, Largos, Saborits», a la vez que se ríe agriamente de las «conferencias de «extensión universitaria», con sermones estéticos y culturales» a cargo de, entre otros –dice–, Jiménez

¹⁷ Al año siguiente volverá sobre el tema para decirle que el «momento actual de Marruecos es muy interesante y podría ser decisivo» (n.º 22, 29-VI-25).

¹⁸ Probablemente por alguna opinión que vertió Unamuno, en otra ocasión le dice que juzga mal a Ossorio (n.º 12, 25-XI-24). Y otra vez que no se imagina «manejos oscuros» de Ossorio (n.º 15, 28-I-25). Si es cierto que alguna vez pudo Rocés criticar a Angel Ossorio, también resulta patente que casi siempre lo admiró. Quizás pudieran ponerse en su boca las palabras con las que Balbontín definió a Ossorio: «hombre de derechas, pero absolutamente honrado»; en José Antonio BALBONTÍN, *La España de mi experiencia (Reminiscencias y experiencias de un español en el exilio)*, México, Ediciones de la Colección Aquelarre, 1952 (536 p.), *cit.*, p. 191.

¹⁹ Debido al elitismo del raciovitalista, Wenceslao Rocés nunca sintió aprecio alguno por Ortega, que –decía– despreciaba a la masa, cuando ésta tenía fundamentales misiones históricas que cumplir: *Los problemas de la Universidad...*, *cit.*, p. 33.

²⁰ Sí le parecerá admirable, claro está, la postura de su hermano, Eduardo Ortega, responsable de las *Hojas Libres* que Unamuno dirigía contra la Dictadura. Precisamente las «*Hojas Libres* corren por aquí que es un primor», le dice a Unamuno en el verano del 27 (n.º 28, 4-VIII-27). Y en otra comunicación le pide que le entregue una carta a Ortega (n.º 29, 16-XI-27), lo que demuestra que tenía alguna relación con éste, con Eduardo.

de Asúa²¹. La crítica llega a ser feroz: «Ya se han cuidado ellos muy bien de amontonar a los comunistas y sindicalistas en las cárceles, donde llevan meses y meses, porque así les conviene a los influyentes señores socialistas para evitar toda campaña de esclarecimiento obrero que por fuerza tendría que serles fatal» (n.º 18, 10-IV-25). Cinco años más tarde, con ironía, Roces le anuncia las nuevas desde Madrid: «Parece que ya todo el mundo, tirios y troyanos, anda «preparando sus distritos. Verá usted como todo esto acaba en un cotillón electoral» (n.º 34, 23-VII-30).

La Universidad y sus compañeros tampoco se librarán de sus críticas: parece imposible «la degradación y envilecimiento de esta pobre Universidad» (n.º 7, 4-X-24), una «Universidad servilísima» (n.º 15, 28-I-28), de la que dice sentir «repugnancia»: «Hay que ver que el 90 por ciento de los catedráticos estafan el sueldo que reciben, con ser tan miserable» (n.º 16, 10-III-25). Ya en 1930, el romanista no oculta su alegría por lo que ocurre en la Universidad: «Nos llegan espléndidas noticias de toda España, incluso de Zaragoza. Ya son casi todas las Universidades clausuradas. Y luego, cuando todas lo estén, veremos» (n.º 36, sin fecha)²². Antes, en 1925, y referido también al ámbito universitario, Roces anuncia a Unamuno la creación de un semanario escolar para el que le solicita colaboración, *El Estudiante*²³, una revista «de los estudiantes contra toda esta indecencia que nos rodea e invade» (n.º 19, 14-IV-25)²⁴. Las próximas cartas las dedicará al nuevo proyecto con el que anda tan ilusionado

²¹ Es curioso que Roces no pareciera sentir ninguna admiración por Jiménez de Asúa, con quien por otra parte colaboraría en varias ocasiones. Lo digo porque cuando informó a Unamuno de que le habían hecho llegar la carta que el propio Unamuno había enviado al homenaje que la Universidad Central tributó a los restos de Ganivet (3-III-25), le dijo que su escrito «debió ser lo único serio del homenaje». Al resto del acto lo califica de «triste comedia. ¿A quién demonios se le ocurriría hacerlo en semejante trance y con semejante gentuza?», se preguntó (n.º 17, 31-III-25). Sin embargo hoy es sabido que las palabras de Jiménez Asúa fueron claramente dirigidas contra la Dictadura. Un «discurso inequívoco», en palabras de José Carlos Mainer: en Manuel TUÑÓN DE LARA, *Historia de España* 9, Barcelona, Labor, 1988 (712 p.), p. 570. En las de García Queipo de Llano, es claro «que Jiménez de Asúa había utilizado el recuerdo de Ganivet en contra de la situación política existente»: Genoveva GARCÍA QUEIPO DE LLANO, *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera*, cit., p.187.

²² Toda la Universidad española había sido un clamor contra la dictadura. En marzo de 1929 un impresionante número de catedráticos, más de ciento treinta, entre ellos Wenceslao Roces, habían firmado una carta de protesta contra el dictador: vid. José LOPEZ-REY, *Los estudiantes frente a la dictadura*, Madrid, Javier Morata, 1930 (316 p. + XL p.), p. 154-158 y 175-176.

²³ Muchos años más tarde, al participar en el movimiento universitario mexicano de los setenta, WR recordaría la función que había cumplido *El Estudiante*, uno de «los muchos signos anunciadores del decaimiento de la monarquía»: WR, *Los problemas de la Universidad*, cit., p. 64.

²⁴ Sobre *El Estudiante*, origen de posteriores proyectos editoriales: vid. Gonzalo SANTONJA, *Del lápiz rojo al lápiz libre. La censura previa de publicaciones periódicas y sus consecuencias editoriales durante los últimos años del reinado de Alfonso XIII*, Barcelona, Anthropos, 1986 (251 p.), p. 99-100 y 248. Breve noticia se contiene en José Antonio BALBONTÍN, *La España de mi experiencia*, cit., p. 186. Precisamente fue Balbontín uno de los fundadores y, más adelante, calificará la publicación de «radical».

y al que dedica su tiempo y sus ahorros: «Bajo esta revista, de lucha aparentemente interior universitaria, queremos formar y disciplinar grupos de jóvenes que se lancen a los pueblos y a los campos contando todos los oprobios bajo [los] que vivimos y anunciando el espectro de la ruina moral y material por la que nos vamos deslizando» (n.º 20, 20-IV-25). Roces colabora con los estudiantes y habla maravillas de ellos, de esa juventud «que ha de redimirnos de tanta vergüenza» (n.º 21, 9-VI-25). *El Estudiante* dejará de aparecer en Salamanca donde «todo -dice- nos hacía la vida imposible», y comenzará a editarse en Madrid, desde el *Ateneo*, dirigido por «el admirable Giménez Siles, un chico formidable que es hoy el alma de la juventud estudiantil» (n.º 23, 24-X-25)²⁵. En la próxima carta ya le dará cuenta de la prisión del propio Giménez Siles, lo que «tiene paralizada la reaparición del periódico» (n.º 24, 23-XI-25). Por fin, le anuncia que ha vuelto a salir y que «es un gran éxito», a la vez que le informa de las algaradas de los estudiantes de la Central, que «gritan el nombre de Vd. mezclado con vivas a la República» (n.º 25, 7-XII-25)²⁶. Ya en 1930, desde Madrid, Roces le pide una colaboración a Unamuno para la *Editorial Cenit* (n.º 34, 23-VII-30), su nuevo proyecto político.

En el trasfondo de todo, «esta pobre España» (n.º 25, 7-XII-25), un problema sin resolver²⁷. Con tintes regeneracionistas, los apelativos que le dedica son rotundos: «este miserable país invertido» (n.º 3, 19-V-24), «páramo desolado» (n.º 4, 26-V-24), este «pueblo miserable y hambriento» al que la «industria extranjera» le roba «el suelo y el cielo», que «no ha tenido nunca una vida financiera orgánica ni un ritmo constante» (n.º 18, 10-IV-25). Comentando la

²⁵ Téngase en cuenta que Unamuno se encontraba muy unido al *Ateneo*, tanto como para que Manuel Azaña lo considerase el ápice de la tercera generación de ateneístas: Manuel AZAÑA, *Tres generaciones del Ateneo. Discurso leído por don Manuel Azaña, presidente del Ateneo, el 20 de noviembre de 1930, en la sesión de apertura del curso 1.930-31*, Madrid, 1930 (30 p.), p. 5.

²⁶ En esa misma carta le pide que diga «al editor de *La Agonía* que manden un ejemplar al periódico, a nombre del Director, Rafael Giménez Siles, Ateneo, y de sus otras publicaciones francesas para que hagan en él sus recensiones de homenaje» (n.º 25, 7-XII-25). Antes ya le había pedido un ejemplar (que luego le remitiría Unamuno) para sí mismo: «¿No me mandará Vd., o dirá al editor que me mande, un ejemplar de su *Agonía del Cristianismo*? Tengo mucho interés en conocer este nuevo libro de Vd. ¿No ha de traducirlo Vd. mismo al español?» (n.º 23, 24-X-25).

²⁷ También se queja Roces del provincianismo y la mediocridad de Salamanca, con su «ambiente de madres, padres y novias que infiltra el servilismo y la sumisión como infiltra la humedad en el cuerpo una mañana lluviosa de invierno. Pero por unos momentos se quiebra esta impresión terrible de quietud y normalidad que desazona y subleva» (n.º 11, 30-X-24). Muchos años después Wenceslao Roces recordaría aquel tiempo: «El destierro de don Miguel no despertó en Salamanca, como yo pensaba, una oleada de protestas. Pasó un poco desapercibido. La Salamanca de entonces se desenvolvía en un ambiente bastante rural; eran más importante entonces los ganaderos de reses bravas que los profesores de la Universidad»: Ascensión H. de LEON-PORTILLA, *España desde México...*, cit., p. 354. Probablemente el juicio pudiera aplicarse también a España. En cuanto al ambiente de normalidad en los años de la dictadura, en alguna ocasión manifestará Roces que no podía permitirse dar esa imagen: cualquier cosa «antes que dar la impresión de normalidad» (n.º 4, 26-V-24).

situación política y el problema de España es tajante: «Si esto sigue así, todos los dignos y honrados tendremos que emigrar a donde sea, fuera de aquí, aunque hayamos de vivir de limosna; y que queden aquí los machos y los eunucos, los veloces y los [palabra ininteligible], los viles. Si es que el haber nacido español no es ya pecado original (y éste es el que debiera preocupar al mentecato de Maeztu) y estigma innato de envilecimiento» (n.º 3, 19-V-24). Y la esperanza: «Sólo una lucha social renovadora puede hacer renacer a nuestro país con la vitalidad de pueblo, que no podemos decir hipócritamente que ha perdido bajo este régimen, porque jamás la tuvo en la historia moderna» (n.º 18, 10-IV-25).

Tras semejante comunicación entre Roces y Unamuno, supongo que la relación entre ambos, sobre todo por motivos geográficos (el romanista se trasladaría a Madrid a residir), se enfrió. Así todo, queda noticia de la opinión de Wenceslao Roces sobre cómo le influyó el maestro: «No ideológicamente, pero sí intelectual y moralmente. Me ayudó a romper el aislamiento como profesor pedante, interesado solamente en sus problemas y a volver los ojos sobre el contorno social. En aquel momento creía que el Derecho Romano era la salvación de la humanidad, que la lucha por la justicia tenía magníficos guías en los juristas romanos», reconocerá mucho después. En cuanto a la postura de Unamuno tras la sublevación de julio del 36, cree que «Unamuno acaba cayendo en las garras del franquismo y luego, ya al final de su vida, rectifica trágicamente su error»²⁸. Sin embargo la dolorosa muerte del genio –dirá– le convierte en «una víctima más del terror franquista»²⁹.

II. LA COLABORACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y EN LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Pese a sus múltiples ocupaciones, durante todo aquel tiempo, la década de los veinte, Roces no descuida sus obligaciones profesionales y sigue leyendo casi todo lo que aparece en el mundo doctrinal del Derecho. Uno de los

²⁸ Ascensión H. DE LEON-PORTILLA, *España desde México*, cit., p. 354 y 362.

²⁹ Wenceslao ROCES, «La represión franquista contra los intelectuales y la cultura. Los intelectuales en el exilio al lado del pueblo español», en Wenceslao ROCES, Veneranda G. MANZANO y Domerio MAS NAVARRO, *La cultura y la sanidad en España bajo el franquismo*, México, FOARE, 1943 (p. 7-23), p. 11. Sobre la relación Roces-Unamuno, también Adolfo SANCHEZ VAZQUEZ, «En homenaje a un español ejemplar», cit., p. 148-150.

proyectos en el que participó activamente durante aquellos años³⁰, sobre todo en el primer lustro de los veinte, fue el de la *Revista de Derecho Privado*³¹. Con la disciplina que siempre le caracterizó, se dedicó a dejar noticia de las publicaciones que consideraba más importantes, pertenecieran a una u otra rama de la Jurisprudencia, y estuvieran escritas en uno u otro idioma. Que yo sepa, la colaboración comenzó en 1920 y se extendió hasta 1927, si bien es cierto que los dos últimos años registraron escasas contribuciones. Se encargó del capítulo titulado «En idioma extranjero» (junto con Castán, por cierto, que sería presidente del Tribunal Supremo durante el franquismo), en la sección *Revista de revistas*, escribió multitud de notas bibliográficas, firmó casi todas las necrológicas que aparecieron en aquel tiempo y presentó a diversos juristas extranjeros a los que tradujo en las páginas de la revista³², trasladó al castellano artículos diversos y sintetizó algunas conferencias de especial valor³³. Si

³⁰ No el único, pues también funda un Seminario de Estudios Jurídicos en la Facultad de Derecho. El Seminario se orienta en la dirección de los que había conocido en la Universidad alemana y tendrá tres funciones: enseñanza sistemática, aprendizaje práctico e introducción a la investigación. En el curso del 24 hubo ocho seminarios, de los cuales dos eran dirigidos por Rocés (*Investigaciones bio-bibliográficas sobre los romanistas salmantinos de los siglos XVII y XVIII y Técnica latina del Derecho Romano. Cursillo de recapitulación sobre las Instituciones de Gayo*) y otros dos co-dirigidos por él (junto con Esteban Madruga, *Estudios de Derecho de Obligaciones. Parte General. Sobre casos prácticos*; y junto con Rodríguez Mata, *Problemas sobre el contrato de trabajo en el Derecho español*). Vid. Wenceslao ROCES, «Creación de un Seminario de Estudios Jurídicos en la Universidad de Salamanca», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* vol. 145, 1924, p. 714-717. Por aquellos años también dirigió la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca; vid. Archivo de la Universidad de Salamanca, Caja n.º 1340/24. También por aquellas fechas debió de dirigir otra revista: *Cuadernos mensuales de documentación política y social* [según información encontrada en el Ateneo Científico y Literario de Madrid].

³¹ El primer número de la *Revista de Derecho Privado* había aparecido el 15 de octubre de 1913, bajo la dirección de F. Clemente de Diego y José María Navarro de Palencia, sus fundadores. Junto con otras publicaciones periódicas de la época (la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* o la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*) fue un exponente de altura del rumbo progresivo de la ciencia jurídica española.

³² «José Kohler», *Revista de Derecho Privado* 92, 15-V-1921, p. 129-130; «Otón von Gierke», *Revista de Derecho Privado* 99, 15-XII-1921, p. 353-354; «El Dr. Lenel», *Revista de Derecho Privado* 118 y 119, julio y agosto de 1923, p. 193; «Theodor Kipp», *Revista de Derecho Privado* 124, 15-I-24, p. 1; «Emilio Seckel», *Revista de Derecho Privado* 130 y 131, julio y agosto de 1924, p. 193-194.

³³ Me refiero a las del prestigioso jurista Jerónimo González, que pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad Central: «Derecho inmobiliario», *Revista de Derecho Privado* 89, 15-II-1921, p. 33-44, y *Revista de Derecho Privado* 90, 15-III-1921, p. 73-87. El dato apunta algún posible vínculo entre Wenceslao Rocés y Jerónimo González y, en todo caso, hace suponer la admiración del primero por el segundo, quien se dedicaba a la introducción de corrientes jurídicas foráneas. De Jerónimo González vid. «El Código de Napoleón y el pensamiento jurídico francés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 123, marzo de 1935 (p. 176-188), «Jurisprudencia de intereses», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 126, junio de 1935 (p. 408-421) y «La Escuela de Tubinga», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 128, agosto de 1935 (p. 501-575, error de numeración). Ultimamente se le ha tributado un merecido homenaje a quien fundara en 1925 la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 619, noviembre-diciembre de 1993, *Número monográfico en homenaje a don Jerónimo González* (p. 1.693-2.004), con artículos de Luis Díez-Picazo, José Luis de los Mozos, Plácido Prada Alvarez Buylla, José María Chico y Ortiz, M.ª Eugenia Díaz Taboada, José Luis Laso Martínez, Francisco Javier Gómez

bien los artículos podían otorgarle mayor prestigio, optó por una labor callada y casi anónima, la de introducir (¡en número impresionante!), aunque fuera con breves comentarios, las obras que él mismo juzgaba más valiosas para las disciplinas jurídicas, y utilizo esa expresión amplia a sabiendas, pues escribió sobre filosofía del Derecho y pedagogía jurídica, Historia del Derecho y Derecho Romano, Derecho civil, hipotecario, procesal, mercantil y otros. Que la labor fue callada se evidencia en la presentación de un número de 1923, titulada «Dos palabras a nuestros lectores». En este caso la información la firmaba «La Revista», pero resulta obvio que había sido escrita por Rocés, no sólo por la comparación entre la prosa utilizada y la del autor, sino porque el artículo de Oertmann que aparecía a continuación, de quien se daba una somera información en aquellas «Dos palabras», fue traducido por él. Pues bien, la presentación se dedicaba a justificar que la revista publicara trabajos doctrinales traducidos de otras lenguas, porque si era cierto que había juristas españoles de merecido renombre, la mediocridad de la Jurisprudencia española —se decía— exigía importar métodos y conocimientos de otros lugares, y especialmente de Alemania³⁴. Entregado a tal empeño, casi no dejó rama sin tocar, y siempre con gran erudición y con opinión propia. Aunque no apareciera nunca en un primer plano ni lo pretendiera, sí fue consciente de la elevada misión que había asumido, la de introducir en España una ciencia jurídica nueva que estaba alcanzando, sobre todo en Alemania, una perfección asombrosa. Esa misma razón hizo que no soliera ahorrarse sus juicios, positivos o negativos, pero siempre orientadores para la comunidad de los juristas españoles a la que se dirigía. De entre sus contribuciones, algunas merecen especial detenimiento, pues muestran un pensamiento propio que no expresó de forma autónoma. Me refiero a las ocasiones en que se ocupó con la filosofía del Derecho y con la pedagogía jurídica³⁵.

En relación con sus ideas jurídicas generales, entonces Wenceslao Rocés parecía mostrarse partidario de la Jurisprudencia de intereses. Lo digo con

Gallego, Francisco Corral Dueñas, José Luis Díaz Pastor, Casimiro González Velasco, Juan Vallet de Goytisolo, José Castán Tobeñas, Sebastián Moro Ledesma y R. Núñez Lagos.

³⁴ La Revista, «Dos palabras a nuestros lectores», *Revista de Derecho Privado* 115, 15-IV-1923, p. 97-99.

³⁵ De entre el resto de las materias que trabajó, merece especial atención el Derecho Romano, pues sería ésta su disciplina. En la *Revista* tradujo tres artículos de Otto Lenel, a quien ya sabemos que consideraba «el primer romanista de Alemania» [«El Dr. Lenel», *Revista de Derecho Privado* 118 y 119, julio y agosto de 1923, p. 193], uno de Theodor Kipp y otro de Andreas v. Thur, de quien también traduciría el manual. Comentó multitud de obras (de Levy-Bruhl, Genzmer, Appleton, Blum, etc.) y dejó noticia del fallecimiento de los romanistas ilustres: p.e. de Mitteis [recensión de «L. Wenger, *Ludwing Mitteis und sein Werk*, Wien, Holder u. comp. eds., 83 págs.», *Revista de Derecho Privado* 129, 15-VI-1924, p. 189] o de Seckel [«Emilio Seckel», *Revista de Derecho Privado* 130 y 131, julio y agosto de 1924, p. 193].

ciertas reservas, pues la conclusión no puede ser definitiva cuando se parte de comentarios menores y, a veces, de lecturas entre líneas. Así todo, prestó atención a las obras propias de la *Interessenjurisprudenz*, recensionando varias de ellas y halagando en ocasiones las opiniones de Heck³⁶. En perspectiva metodológica, parecía hallarse lejos tanto del formalismo jurídico que representaba ya entonces Kelsen, cuyo método puro le pareció inadecuado para conocer el fenómeno jurídico³⁷, como de las corrientes «anarquistas» del Derecho libre, que no suponían –decía– ninguna novedad³⁸. Pero su preferencia por los intereses no significaba en ninguna medida aprecio alguno por el iusnaturalismo, al menos con carácter general. En 1923, al referirse al Derecho natural lo tachó de «fantástico» y de «mito superado»³⁹. Al año siguiente, aprovechando su traducción al castellano, descalifica el libro de J. Charmont titulado *El renacimiento del Derecho Natural*, pues ese pretendido Derecho no es otra cosa que la justicia o, en términos neokantianos, la idea de Derecho, y ésta «no ha dejado de alentar un momento en la mente de juristas ni de filósofos». De renacimiento, por tanto, nada, vino a decir⁴⁰. En el 26, comentando un artículo aparecido

³⁶ Amén de otras que se citarán a continuación, *vid.* las recensiones de «Ph. Heck, Prof. en Tübingen: «La interpretación de la ley y la jurisprudencia de intereses», *Archiv f. d. civilistische*, 1.914, p. 1-318», *Revista de Derecho Privado* 89, 15-II-1921, p. 62-64; y «R. Müller-Erbach: «Dos estudios jurídicos basado en el principio del «interés» como fundamento para una nueva ciencia del Derecho», *Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des bürgerl. Rechts*, 1923, p. 135-184», *Revista de Derecho Privado* 128, 15-V-1924, p. 157. Lo que asimismo resulta curioso es que sólo reseñara una obra de Stammler: recensión de «Stammler, R., *Recht und Kirche*. Betrachtungen zur Lehre von der Gemeinschaft und der Möglichkeit eines Kirchenrechtes, 118 págs., Berlín, 1919», *Revista de Derecho Privado* 101, 15-II-1922, p. 61-64. En cualquier caso, téngase en cuenta la referencia que se ha hecho a la posible vinculación entre Wenceslao Rocés y Jerónimo González, introductor de la Jurisprudencia de Intereses en nuestro país.

³⁷ Recensión de «P. H. Heck: «La teoría pura del Derecho y la moderna escuela jurídica austriaca», *Archiv für die civilistische*, 1924, p. 173-194», *Revista de Derecho Privado* 138, 15-III-1925, p. 83: «Esta metodología de Kelsen debe rechazarse de plano, según las acertadas conclusiones de su crítico, porque lo que en primer término debe decidir de los métodos de una ciencia son las miras que persigue». Y después: «Kelsen no alcanza a ver la lucha de intereses y de valores que alienta en cada norma jurídica».

³⁸ Recensión del artículo del «Dr. Hans Wüstendörfer, Prof. en Rostock: «La jurisprudencia alemana en crisis», *Archiv für die civilistische*, 1913, p. 114-117», *Revista de Derecho Privado* 87, 15-XII-1920, p. 381-382. Al menos en otra ocasión criticó el Derecho libre: no se pueden arrumbar «normas indudablemente vigentes para sustituirlas en su aplicación con principios subjetivos nuevos, porque esto iría contra una de las exigencias inexcusables de la vida jurídica: la seguridad del Derecho»; recensión de «E. Betti, prof. de la Universidad de Parma: «La metodología y la didáctica del Derecho, según Ernst Zitelmann», *Rivista Internac. di Filosofia del Diritto*, V, 1, p. 49-85», *Revista de Derecho Privado* 148, 15-I-1926. Sin embargo, en un artículo que publicó en 1.924 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* se mostró más comprensivo con los defensores de un Derecho libre, pues el problema del arbitrio judicial no se puede «plantear y resolver en abstracto ni *a priori*, sino en vista de las condiciones sociales en que se encuentre cada país»: Wenceslao ROCES, «La idea de la justicia en los juristas romanos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 145, 1924 (p. 274-283), p. 282.

³⁹ La Revista, «Dos palabras a nuestros lectores», *Revista de Derecho Privado* 115, 15-IV-1923, p. 97.

⁴⁰ Recensión de «J. Charmont: *El renacimiento del Derecho Natural*, Traducción de J. D. Moscote. Panamá (s.f.). Ed. El Tiempo (150 págs.)», *Revista de Derecho Privado* 127, 15-IV-1924, p. 127. En esta

en Argentina, se felicitó porque la Universidad de Buenos Aires hubiera sido capaz de sacudirse la concepción escolástica del Derecho, «llevada allí por la dominación española»⁴¹. En cambio, en la que creo que fue su última colaboración con la Revista de Derecho Privado, pareció admitir cierto interés por las corrientes iusnaturalistas, expresión de un «anhelo» que se enraizaba «en el alma humana», y que servía para defenderse de un Derecho positivo explotador, aunque en el fondo el Derecho natural no fuera otra cosa –lo repitió otra vez– que la justicia⁴². Precisamente fue la justicia, por cierto, la que le sirvió para distinguir entre dos concepciones del Derecho, la de aquellos que creían que la del jurista era una simple labor técnica que consistía en apuntar medios para conseguir ciertos fines «(no en todos los casos al servicio de la ley)», y la de quienes la concebían en función de «fines sociales supremos»⁴³. Desde luego, aunque también se hiciera eco de la última producción bibliográfica marxista⁴⁴, su visión de aquellos años no parecía ser deudora de ningún tipo de materialismo jurídico. A veces parecía rechazar cualquier idealismo, pero también afirmaba que el Derecho no era «un instrumento de opresión» ni «un juguete de tiranía en manos de cualquier aventurero», lo que muy probablemente decía en referencia al dictador, por cierto⁴⁵. No es extraño que condenara tajantemente el fascismo y sus «peregrinas concepciones». Ya en 1926 advirtió contra Rocco, ministro de Justicia del gobierno fascista italiano, y sus pretensiones de limitar el Parlamento en favor del Ejecutivo: «El propio autor invoca el resabido apotegma de *salus populi suprema lex*. Y el médico llamado a entender de esta «salud del pueblo» y de sus remedios es el gobierno, naturalmente»⁴⁶.

Respecto a la pedagogía jurídica, en diversas ocasiones se ocupó con ella, sobre todo al principio. En 1920, bajo el título «La enseñanza del Dere-

recensión, además, queda patente que Wenceslao Roces siempre consideró de suma importancia la decisión acerca de qué fuera lo que se tradujera. En este caso consideró que se trataba de un «mediocre libro francés» y que no merecía la pena que se hubiera vertido a nuestra lengua.

⁴¹ Recensión de «A. J. Rodríguez: «Por una filosofía del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, III, 8, p. 611-671», *Revista de Derecho Privado* 148, 15-I-1926, p. 22.

⁴² Recensión de «A. Manigk, prof. en Breslau: *El Derecho Natural en la actualidad*, *Archiv f. Rechts u. Wirtschaftsphilos.*, XIX, p. 375-414», *Revista de Derecho Privado* 160, 15-I-1927, p. 31-32.

⁴³ Recensión de «Rumelin, M., prof. en Tübingen: *Die Gerechtigkeit, Rede*, 5 págs., Tüb., 1.920»; *Revista de Derecho Privado* 97, 15-X-1921, p. 317.

⁴⁴ Por ejemplo *Revista de Derecho Privado* 148, 15-I-1926, p. 26.

⁴⁵ Recensión de «H. Stoll, “La ciencia del Derecho y la práctica”, *Archiv für die civilistische Praxis*, N. F., VI, págs. 174-207», *Revista de Derecho Privado* 160, 15-I-1927, p. 30-31.

⁴⁶ Recensión de «A. Rocco, prof. en la Universidad de Roma: “Sobre la facultad del Poder Ejecutivo para emanar normas jurídicas”, *Archivio Giuridico*, XCIV, 2, págs. 177-206», *Revista de Derecho Privado* 148, 15-I-1926, p. 23.

cho Romano» dedicó la crítica bibliográfica a exponer las opiniones enfrentadas de E. Zitelmann y O. Lenel. Para el primero, en los estudios de Derecho la enseñanza del romano debía minimizarse, lo que le parecía intolerable a Lenel. Wenceslao Roces no se decantaba a favor de uno u otro (al contrario, acercaba sus posturas) pero afirmaba que si había realmente «una actividad universitaria no meramente burocrática», el asunto era fundamental: «se trata de algo más que de unas cuantas cátedras de más o de menos en el escalafón»⁴⁷. Luego informó del movimiento de reforma de los estudios de Derecho en Alemania⁴⁸. Otra vez comentando un trabajo de Zitelmann volvió sobre el tema de la formación de los juristas. Entendía que los futuros jurisperitos necesitaban «una *capacitación general*» y una «*formación profesional*», pues no sólo habían de aplicar reglas mecánicamente, al margen de «la vida humana». En cuanto al conocimiento estrictamente jurídico (un «montón de normas», dijo), no se requería tanto la memorización como una visión de conjunto del sistema jurídico, visión que posibilitaría una mejor aplicación⁴⁹. Por fin, cuando se preveía que las Facultades de Derecho podían perder su carácter eminentemente teórico, Wenceslao Roces exigió reflexión: «Ahora que en un curioso avance ministerial de reforma se habla de implantar en nuestras Facultades de Derecho «institutos profesionales» (algo así como Centros de preparación de oposiciones), sería especialmente recomendable a los reformadores la lectura de estas páginas condensadas de Stoll, cuya doctrina tiene tan añeja y noble genealogía entre los universitarios alemanes. La Universidad no es «servidora de la práctica», ni tiene por qué amaestrar a sus estudiantes para el profesionalismo. Para la Universidad no hay futuros Jueces, Notarios ni Registradores, sino «juristas». Su misión es dar al estudiante personalidad, adiestrarle a pensar jurídicamente y a equiparle con una visión científica, es decir, reflexiva y honda, sistemática e histórica, de los problemas del Derecho»⁵⁰.

Aun siendo la *Revista de Derecho Privado* la sede habitual de sus colaboraciones, Roces también publicó en la *General de Legislación y Jurisprudencia*⁵¹. En menor cantidad, pero quizás con mayor enjundia, pues amén de

⁴⁷ «La enseñanza del Derecho Romano», *Revista de Derecho Privado* 80, 15-V-1920, p. 150.

⁴⁸ «*Deutsche Juristen-Zeitung*, de 1 de junio de 1920: “La reforma de los estudios jurídicos”, págs. 271-275», *Revista de Derecho Privado* 82 y 83, julio y agosto de 1920, p. 249-250.

⁴⁹ Recensión de «Zitelmann, E.: *Die Neugestaltung des Rechtsstudiums*, 31 págs, Berlín, 1921», *Revista de Derecho Privado* 102, 15-III-1922, p. 94-96.

⁵⁰ Recensión de «H. Stoll: “La ciencia del Derecho y la práctica”, *Archiv für die civilistische Praxis*, N. F., VI, pp. 174-207», *Revista de Derecho Privado* 160, 15-I-1927, p. 30-33.

⁵¹ La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* tal vez haya sido la más importante revista jurídica española. Con el nombre de *Revista de Legislación*, fue fundada en 1.853 por Ignacio Miquel y

alguna recensión, aparecieron tres artículos suyos, «El concepto del Derecho», «La idea de la justicia en los juristas romanos» y «Stammler, filósofo del Derecho y civilista»⁵².

III. STAMMLER EN ESPAÑA

En una de las recensiones que Rocés publicó en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la de la *Gramática alemana, especial para juristas*, vinculaba la «seriedad» en el estudio del Derecho con el «conocimiento del alemán como instrumento inexcusable». Es Rocés, por tanto, un buen representante de las generaciones universitarias que, en el primer tercio de siglo, se educaron en la cultura alemana y la tuvieron por superior. Ya sabemos que había estudiado dos años en Alemania, y que esa estancia dejaría una huella indeleble en su formación. Desde el punto de vista de la teoría del Derecho que adoptó, fue determinante: Rocés se adhirió al sistema neokantiano de Stammler. El dato tiene extraordinario interés pues, como jurista culto, Rocés otorgaba una enorme importancia a la filosofía jurídica⁵³. De hecho, abominaba de aquellos que habían arrinconado la disciplina a cambio de otros saberes más prácticos: creen que la filosofía del Derecho «no compete ni tiene por qué preocupar al civilista, o al mercantilista, o al penalista, o al procesalista, o al historiador del Derecho, como si no fuese ella la que ha de resolver los problemas cardinales de nuestra ciencia y procurar los métodos para la aplicación y la vida del Derecho al abogado y al juez, como al legislador y al científico los principios para engendrarlo e investigarlo»⁵⁴. En cualquier caso, si antes se

Rubert y José Reus, y en 1.880 pasó a denominarse de la forma en que se la conoce. En el tiempo en que Rocés publicó sus colaboraciones en la revista, la dirigía Angel Ossorio y Gallardo, que sucedió a Eduardo Dato, asesinado en 1921. Con Ossorio, Rocés mantendría relación tanto durante la década de los veinte como durante la siguiente. Amén de algunos distanciamientos, ya sabemos que en este tiempo ambos se encontraban en la oposición al dictador. En el primer número donde publica Rocés, al anunciar a los nuevos colaboradores, se le presenta como «vanguardia del profesorado joven»: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 144, 1924, p. 370.

⁵² El segundo de los citados fue reseñado en Italia en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año V, 1925, pp. 126-127.

⁵³ Tanta que, junto con la historia, parece que ésa hubiera sido la disciplina en la que más a gusto se hubiera encontrado. Su interés iusfilosófico se pone de relieve en las traducciones que llevó a cabo. Amén de a muchos filósofos, tradujo obras fundamentales de teoría del Derecho. No sólo a Stammler: Hans Kelsen, *Problemas fundamentales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollos con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, Porrúa, 1987 (621 p.); Adolf Merkel, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, Reus, 1924 (537 p.); Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, FCE, 1951 (p. 189)

⁵⁴ Wenceslao ROCÉS, «Stammler, filósofo del Derecho y civilista», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 147, 1925 (449-469), p. 452-453. En las mismas páginas se quejaba de que en Espa-

apuntó que parecía sentir cierta atracción por la Jurisprudencia de intereses, ahora hay que ser terminante y afirmar que durante la década de los veinte fue, sin ningún género de dudas, neokantiano; y no lo digo porque tradujera las más importantes obras de Stammler, cosa que hizo, sino porque lo reconoció expresamente en alguno de sus trabajos.

En cuanto a la labor de traducción, Roces trasladó al castellano nada menos que cuatro grandes obras de Stammler, conjunto donde se contenía su completa doctrina: *Tratado de Filosofía del Derecho, Economía y Derecho, La génesis del Derecho y Teoría del Derecho justo*⁵⁵. Que yo sepa hubo algunas otras traducciones, pero casi todas de obras menores⁵⁶, sobre todo de artículos, algunos de los cuales aparecieron en la *Revista de Derecho Privado*⁵⁷. Realmente la labor de Roces venía a coronar la introducción del neokantiano en España⁵⁸, cuando en 1908 se había producido la primera traducción de un escrito suyo, ya varios españoles habían estudiado con él en Berlín y, además, también tenía algún entusiasta seguidor aquí⁵⁹. En un ambiente donde lo que predominaba en la filosofía del Derecho era una escolástica ortodoxa, probablemente el nuevo idealismo alemán actuara como disolvente. Roces fue su transmisor. Si es cierto que en nuestro país, poco más tarde, Stammler sería

ña, «atávicamente», se siguiese hablando de Derecho Natural, en vez de utilizar la expresión de Filosofía del Derecho.

⁵⁵ Rudolf STAMMLER, *La génesis del Derecho*, Madrid, Calpe, 1925 (142 p.); *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia: una investigación filosófica social*, Madrid, Reus, 1929 (672 p.); *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, 1930 (455 p.). Por lo que se refiere a la *Teoría del Derecho justo*, también de Stammler, sé de su traducción por la información que proporciona el mismo Roces en un *curriculum*: Archivo de la Universidad de Salamanca, Caja n.º 1340/24.

⁵⁶ Cuando Roces reseñó *Recht und Kirche*, expresamente afirmó que para quien conociera el sistema stammleriano aquella obra no ofrecía «nada nuevo en cuanto a los conceptos centrales»: *Revista de Derecho Privado* 101, 15-XI-1922, p. 62-64. Estos, los conceptos centrales, se encontrarían perfectamente expuestos en los libros que traduciría poco después Wenceslao Roces.

⁵⁷ Vid. «Cuestiones fundamentales de filosofía del Derecho» (trad. por Francisco Rivera Pastor), *Revista de Derecho Privado* 104, 1-V-1922 (p. 132-139) y *Revista de Derecho Privado* 105, 15-VI-1922 (p. 161-170).

⁵⁸ Las primeras noticias que «se tienen en España de Rudolf Stammler provienen de Giner de los Ríos y de sus discípulos, se continúan con la presencia física del profesor alemán en la Universidad de Granada, invitado por Fernando de los Ríos, en la primavera de 1922, y concluyen con la traducción de la *Introducción a la ciencia del Derecho* editada en 1930 y realizada por Luis Recaséns Siches»: Juan José GIL CREMADES, «Filosofía del Derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981)», *Anuario de Filosofía del Derecho* IV, 1987 (p. 563-587), p. 565-566. Vid. también Benjamín RIVAYA, *Una historia de la filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010 (p. 238), pp. 45-50.

⁵⁹ Sobre todo me refiero a Rivera Pastor (vid. Juan José GIL CREMADES, «Estudio Preliminar» a Karl ENGISCH, *La idea de concreción...*, cit., p. 11), quien tradujo las conferencias que Stammler pronunció en la Universidad de Madrid entre el 19 y el 28 de abril de 1922: «Su adaptación a nuestro idioma ha significado para mí –dijo– una de las más grandes delectaciones espirituales de mi vida. ¡Que el resultado haya correspondido al amor puesto en la obra!»; en Francisco RIVERA PASTOR, «Las conferencias del profesor Stammler en la Universidad de Madrid», *Revista de Derecho Privado* 104, 15-V-1922, pp. 129-132.

«patrimonio común de cualquier jurista medianamente culto»⁶⁰, en gran medida eso se le debe al romanista.

Pero aparte de la fundamental tarea de la traducción, el romanista se declaró seguidor de la filosofía jurídica de Stammler, aun críticamente⁶¹, sobre todo en aquellas cuestiones que tenían inmediata relevancia política. En el trabajo que tituló «El concepto del Derecho», dijo: «Las doctrinas aquí expuestas se mueven de lleno, como desde luego advertirá el lector iniciado en estos problemas, dentro de las orientaciones filosófico-jurídicas trazadas por Rodolfo Stammler, salvo muy ligeras variantes de concepto. Sólo en el diagnóstico conceptual de los males sociales bosquejados al final de la lección, nos hemos desviado esencialmente del maestro, que ve en ellos fenómenos «fronterizos» entre el *Derecho* y el poder arbitrario, mientras que para nuestro modo de ver representan flagrantes negaciones de lo jurídico y manifestaciones acabadas de arbitrariedad»⁶². Era en lo político donde no reinaba el acuerdo entre ellos⁶³; sin duda porque el pensamiento de Stammler era –como dijo Legaz– «burgués-conservador»⁶⁴. Resulta curioso entonces que en Roces el neokantiano sirviera para atacar a Primo de Rivera y la dictadura. Cuando se ocupó con el concepto del Derecho, fue desgranando una por una «las notas lógicas, fijas y permanentes» que aquél le había asignado: «querer entrelazante, autárquico e inviolable»⁶⁵. La última nota, la inviolabilidad, era la que le servía a Stammler para discernir entre Derecho y arbitrariedad, y a Roces para afirmar que la dictadura española no era un régimen jurídico: «si la norma se dicta con carácter permanente, para la regulación del caso previsto y de cuantos puedan surgir idénticos a él en la práctica, la norma es norma de Derecho y el régimen que así gobierna un verdadero régimen jurídico [...] Por el contrario, si toda la ordenación de la vida social se halla pendiente de los caprichos y las fluctuaciones de ánimo de una persona o de un grupo de personas, de un gremio, de

⁶⁰ Luis LEGAZ LACAMBRA, «Stammler (En su octogésimo aniversario)», *Universidad* 4, 1936 (pp. 744-762), p. 88. Es curioso que Legaz no cite a Roces en todo este artículo sobre Stammler.

⁶¹ En el artículo que tituló «Stammler, filósofo del Derecho y civilista» [*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 147, 1925 (p. 449-469), p. 469], Roces terminó admitiendo que cabían críticas, «severísimas muchas de ellas», al sistema stammleriano.

⁶² Wencesalo ROCES, «El concepto de Derecho (y su distinción de la moral, de las normas convencionales y del poder arbitrario)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 144, 1924 (pp. 408-418), p. 408.

⁶³ Parece ser que Roces y Stammler se distanciaron tras una polémica sobre el auge del fascismo en Alemania y el asesinato de Walter Rathenau. «La discusión en torno a estos hechos motivó una pequeña ruptura con el gran maestro de filosofía del Derecho Rudolf Stammler con el cual yo colaboraba muy estrechamente en una obra titulada *La génesis del Derecho*»; en Ascensión H. DE LEON PORTILLA, *España desde México...*, cit., p. 353 s..

⁶⁴ Luis LEGAZ LACAMBRA, «Stammler», cit., p. 749.

⁶⁵ Para el desarrollo de las mismas, Rudolf STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 28-122.

una taifa o de una oligarquía, sin que el que dá la norma quede él mismo vinculado a ella hasta su derogación y sin que de antemano se sepa cuál ha de ser la suerte que pueda correr jurídicamente un caso que ocurra, porque todo depende de las veleidades del que mande o de los que manden, de quienes detentan el poder, entonces triunfa la arbitrariedad y la sociedad en que tal acontezca, sin las garantías de la continuidad, sin la seguridad y estabilidad que sólo puede dar un verdadero régimen jurídico, se despeñará infaliblemente, a menos que se acuda a poner remedio a ese estado de cosas, conteniendo el poder arbitrario dentro de cauces de Derecho». Por si no quedara suficientemente claro, poco después repite lo que a Unamuno le dice por carta (n.º 7, 4-X-24), que régimen arbitrario y régimen dictatorial no son lo mismo, que no se identifican, porque este último, aunque criticable, «es una forma constitucional»⁶⁶. En otros términos, que la que en España se llamaba dictadura no alcanzaba la categoría de régimen de Derecho, que se reducía a la mera arbitrariedad de Primo de Rivera⁶⁷.

Pero amén de la crítica, Roces se mostraba como un discípulo de Stammler, por lo menos en lo relativo al problema conceptual, tal vez menos (es difícil un juicio definitivo) en lo tocante a lo axiológico⁶⁸. Lo que llama la atención entonces es su evolución intelectual, del neokantismo al marxismo. Además téngase en cuenta que fue él quien tradujo *Economía y Derecho*, el alegato antimarxista de Stammler. Allí el neokantiano decía que el materialismo histórico era una doctrina «incompleta y superficial». Incompleta porque le falta un concepto claro de sociedad y economía, nociones éstas que no podían existir sin hacer referencia a la de norma. Y superficial porque su pretensión de que todo esté determinado materialmente es excesiva y contradictoria⁶⁹. La argumentación stammleriana se compadece mal con el respeto que Roces siempre guardó por el comunismo, aunque todavía no se hubiera adherido a su doctrina. La cuestión es: ¿por qué un idealista se pasa con armas y

⁶⁶ Wenceslao ROCES, «El concepto del Derecho», *cit.*, pp. 416-418.

⁶⁷ La afirmación de que la dictadura no tenía carácter jurídico fue habitual por aquellos tiempos, y se debía a la identificación entre Estado y Estado de Derecho, entre Derecho y protección de los derechos personales. «De otro modo es inexplicable por qué se pone en duda el carácter jurídico del Estado español durante la Dictadura»: Luis LEGAZ LACAMBRA, *El Estado de Derecho en la actualidad (Una aportación a la teoría de la juridicidad)*, Madrid, Reus, 1934 (88 p.), p. 14.

⁶⁸ Roces distinguía entre cuatro tesis en lo tocante a lo que fuera la justicia: tesis de la igualdad (iusnaturalistas, comunistas), tesis de la retribución (Kant), tesis del bienestar general (utilitaristas) y tesis formalista (Stammler). En Wenceslao ROCES, «La idea de la justicia en los juristas romanos», *cit.*, p. 277-278. Rechazaba claramente el iusnaturalismo y el utilitarismo, y si bien no se adhería de forma expresa a ninguna de las otras, parecía estar cerca de la última.

⁶⁹ Vid. Rudolf STAMMLER, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico-social*, *cit.*, p. 407-415.

bagajes al materialismo? Políticamente siempre participó en aquellas causas que consideraba progresistas, pero esto no parecía que le impidiera seguir los pasos del nuevo kantismo. Realmente, más que de una mera transformación académica, doctrinal (idealismo *versus* materialismo)⁷⁰, el cambio fue vital: influyó sin duda la misma realidad española, también su carácter combativo, pero debió de ser un viaje a Alemania a comienzos de los treinta y los contactos que allí estableció los que le hicieron marxista⁷¹. En cualquier caso, aunque parece que no se afiliará hasta más tarde, alrededor de 1.930 nuestro protagonista ya se siente ligado a la causa comunista⁷²; aparece entonces el segundo Rocés.

⁷⁰ Que también la hubo. En la cultura jurídica española, a la altura de 1930, ya se había producido «una saturación del formalismo stammleriano. La crítica, por cierto, la había iniciado Ortega y Gasset, algo expeditivo crítico –quizá por querer sacudirse su propio neokantismo de Marburgo- de Rivera Pastor. Este, influido por el organicismo krausista, superará con dificultades– concesiones al corporativismo– la crisis del liberalismo ante la marea totalitaria. De otra parte, el neokantismo socialista, o bien concluirá –Fernando de los Ríos como protagonista– en un humanismo impotente ante las antagónicas tensiones, o bien dará, como en Wenceslao Rocés, el paso hacia el materialismo dialéctico»: Juan José GIL CREMADES, «Un expediente sancionador. Sobre un capítulo de la biografía intelectual de González Vicén», *Sistema* 113, marzo de 1933 (p. 37-55), p. 51.

⁷¹ Es Adolfo Sánchez Vázquez quien nos da la noticia: Wenceslao Rocés pasa una breve temporada en Alemania en los primeros treinta, y es entonces cuando entra en contacto con el pensamiento marxista; en «En homenaje a un español ejemplar», *cit.*, p. 150-151.

⁷² Precisamente en 1930 aparece su traducción de un libro de Belyk y Panteleev, *Schkid. La República de los vagabundos*, y en el prólogo Rocés no oculta su admiración por la Unión Soviética.

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPÉEN

For a European 'mos maiorum'

PHILIPPE ROPENGA

Docteur en droit, Avocat en Paris (Francia)

Abstract: Le *mos maiorum* guide le citoyen romain dans l'exercice de charges publiques et la conduite de ses affaires privées. L'élévation du citoyen a été recherchée en Europe bien après la chute de Rome. Au XIX^e siècle, Alexis de Tocqueville a noté avec intérêt le «goût pour le bien-être matériel en Amérique». Cette approche de la vie en société est à l'origine d'un autre paradigme sur lequel repose le droit de la consommation.

Mots-clés: *Mos maiorum*, marché intérieur, droit européen, droit de la consommation, citoyenneté.

Abstract: *Mos maiorum* guides the Roman citizen's conduct in public office and in private matters. The moral uplifting of the citizen has been sought long after Rome had fallen. Alexis de Tocqueville has noticed the "taste for physical well-being in America" in the 19th century. This approach to community life has led to a paradigm shift that is at the origin of consumer law.

Keywords: *Mos maiorum*, internal market, European law, consumer law, citizenship.

TABLE DES MATIÈRES : Introduction. I.–L'élévation vers la chose publique. 1.1–L'*otium* au centre de tensions. 1.1.1–La tension politique. 1.1.2–La tension de l'être. 1.2–De l'*otium* au divertissement. 1.2.1–La souveraineté étatique. 1.2.2–Le confort domestique. II.–La concentration sur les affaires privées. 2.1–L'originalité de la consommation. 2.1.1–L'étendue de la consommation. 2.1.2–Un consommateur difficile à cerner. 2.2–Le relâchement de la citoyenneté. 2.2.1–L'efficacité du relâchement. 2.2.2–Rechercher l'apaisement du citoyen. Conclusion.

Il faut rechercher ce qu'il y a de romain en droit européen. La tâche est moins aisée qu'il n'y paraît. Les droits qui sont issus des traditions juridiques d'Europe continentale ont été durablement influencés par le droit romain. Celui-ci ne se confond toutefois pas avec ceux-là. Ainsi, en matière de contrat, André Magdelain rappelle que «L'espoir a toujours été déçu de capter l'essence du consensualisme grâce à l'étude d'un ou de tous les contrats consensuels. La structure d'un type contractuel ne renseigne que sur elle-même. L'information reste parcellaire. La somme des parcelles ne forme pas un tout, mais une collection. Le consensualisme ne se confond pas avec le total de ses manifestations. ¹» L'approche du droit des obligations par le *Draft Common Frame of Reference* est intéressante en ce qu'elle facilite la coopération juridique indispensable au bon déroulement des échanges transnationaux. La recherche de ce qui est commun estompe néanmoins les particularités d'un droit ². M. Mantello relève qu'il est possible d'étudier le droit soit en attachant davantage d'importance à l'analyse d'un ensemble structuré de règles, soit en l'examinant à l'aune du contexte qui l'a vu naître ³. Le 11 avril 2018, la Commission européenne a annoncé une proposition de refonte du droit de la consommation en vue d'aboutir à «Une nouvelle donne aux consommateurs ⁴». Le contexte consumériste a une grande influence sur l'essor du droit européen alors qu'il n'existait pas en tant que tel à Rome. Par ailleurs, le droit de la consommation est traditionnellement perçu, dans les droits nationaux, comme une matière de droit privé. M. Mantello attire l'attention sur le fait que la distinction entre droit public et droit privé tient à la place prépondérante de l'État d'après une conception qui n'est pas romaine ⁵. En quoi le droit romain peut-il dès lors aider à conforter la place de l'Union européenne dans l'esprit des citoyens?

Le passage du droit romain au droit européen s'inscrit dans une évolution et ne peut donc pas avoir une origine purement institutionnelle. Alexis de Tocqueville a été particulièrement sensible à l'évolution d'une société à la suite de la Révolution française, changement de contexte brutal s'il en est. Il estime que les mœurs ont une plus grande influence sur l'esprit des citoyens que les

¹ MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, Recueil Sirey, 1958, p. 1.

² MURILLO VILLAR, A., «La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 16, 2016, p. 32 et s.

³ MANTELLO, A., *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, Torino, Giappichelli, 2009, p. 35 et s.

⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, COM(2018) 183

⁵ MANTELLO, A., *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, *op. cit.*, p. 39 et s.

institutions ou les lois⁶. M. Arens estime que «c'est tout l'intérêt de la vision tocquevillienne de la démocratie: celle-ci doit se comprendre comme une société et non directement comme un régime politique.⁷» L'auteur de *De la démocratie en Amérique* reprend le sens de *mores* et fait ainsi non seulement référence «aux habitudes du cœur» mais aussi, entre autres, «aux diverses opinions qui ont cours au milieu des [hommes], et à l'ensemble des idées dont se forment les habitudes de l'esprit.⁸» Une attention particulière est accordée au contexte car l'influence de celui-ci est plus diffuse que l'effet des institutions si bien qu'il est aisé d'accentuer la singularité de certains faits. Les relations entre la France et l'Espagne n'échappent pas à la règle. C'est ainsi que M. Corbet remarque que, si Blanche de Castille a marqué l'histoire de France, ni les régence féminines ni l'ascendance espagnole des rois de France n'étaient exceptionnelles. Les croisades ont en effet contribué selon l'auteur à la réduction de la population masculine sur une période allant de 1150 à 1250⁹. Il va être vu qu'Anne d'Autriche, par sa piété espagnole, a aussi exercé une influence notable sur les mœurs françaises. Cette exigence de probité s'inscrit dans une tradition européenne d'origine romaine d'élévation de la personne vers la chose publique (1). Le consumérisme a rompu avec cette tradition en accentuant la concentration sur les affaires privées (2).

I. L'ÉLEVATION VERS LA CHOSE PUBLIQUE

À Rome, *l'otium* reflète ce souci d'élévation et est au centre de tensions (1.1). L'élévation se manifeste différemment à l'aune du divertissement envisagé par Blaise Pascal et ceux qui ont été influencés par sa pensée (1.2).

1.1 *L'otium* au centre de tensions

Il s'agit de la tension politique propre au contexte de crise de la République romaine (1.1.1), d'une part et de celle qui traverse ceux qui s'interrogent sur l'existence, d'autre part (1.1.2).

⁶ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. II, in *Œuvres complètes*, 17^e éd., Paris, Calmann Lévy (première édition 1835) 1888, p. 248 et s., spéc. p. 254.

⁷ ARENS, N., «La démocratie tocquevillienne. Un parcours dialectique», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (74), 2015, p. 201.

⁸ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. II, *op. cit.*, p. 214.

⁹ CORBET, P., «Entre Aliénor d'Aquitaine et Blanche de Castille. Les princesses au pouvoir dans la France de l'Est», *Vorträge und Forschungen*, 81, 2015, p. 233.

1.1.1 LA TENSION POLITIQUE

Macrobe rappelle que d'après Varron, la coutume repose sur les mœurs: «Varro de moribus, morem esse dicit in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo.»¹⁰ Mme Iacobini insiste sur le fait que le *mos* est antérieur à la coutume¹¹. Reconnaître le caractère normatif de la coutume suppose de ce fait d'admettre que cette norme trouve sa source dans un élément spirituel qui n'est pas écrit et sans lequel elle ne peut pas exister. Lorsque les institutions romaines étaient secouées par la crise de la République, le *mos majorum* pouvait apparaître comme un renfort. C'est dans ce contexte que Cicéron prend acte de l'évolution des mœurs romaines¹². Les auteurs s'accordent sur l'importance politique du *Pro Sestio* qui incite les jeunes patriciens à renouer avec les mœurs de leurs prédécesseurs¹³. L'illustre orateur souhaitait qu'ils retrouvassent leur dignité comme individus et comme groupe autrefois plus influent. L'expression *mos majorum* a été maintes fois étudiée en raison de son ambiguïté intrinsèque. Laidlaw rappelle que pour Cicéron, l'*otium* peut désigner l'oisiveté comme le retrait des charges publiques¹⁴. Un désaccord subsiste entre les auteurs au sujet de deux passages du *Pro Sestio* potentiellement contradictoires, l'un figure au paragraphe 98, l'autre aux paragraphes 138 et suivant. Ils se lisent respectivement ainsi:

«quid est igitur propositum his rei publicae gubernatoribus quod intueri et quo cursum suum derigere debeant? id quod est praestantissimum maximeque optabile omnibus sanis et bonis et beatis, cum dignitate otium. hoc qui volunt, omnes optimates, qui efficiunt, summi viri et conservatores civitatis putantur; neque enim rerum gerendarum dignitate homines efferri ita convenit ut otio non prospiciant, neque ullum amplexari otium quod abhorreat a dignitate.»

Dans ce premier passage, il semble que les meilleurs dirigeants ne recherchent pas l'*otium*, s'il ne s'agit pas de l'*otium cum dignitate*.

«nam si qui voluptatibus ducuntur et se vitiorum inlecebris et cupiditatum lenociniis dederunt, missos faciant honores, ne attingant rem publicam, patiantur virorum fortium labore se otio suo perfrui. qui autem bonam famam bonorum, quae sola vere gloria nominari potest, expetunt, aliis otium quaerere debent et

¹⁰ MACROBE, *Saturnalia*, III, 8, 9.

¹¹ IACOBONI, A., «Il significato politico del mos maiorum in Cicerone», *Etica & Politica*, 2 (16), 2014, p. 287.

¹² CICÉRON, *De republica*, III, 17.

¹³ V. par exemple BOYANCÉ, P., «Cum dignitate otium», *Revue des Études Anciennes*, 3 (43), 1941, p. 176; IACOBONI A., «Il significato politico del mos maiorum in Cicerone», *op. cit.*, p. 292 et s.

¹⁴ LAIDLAW, W. A., «Otium», *Greece & Rome*, 1 (15), 1968, p. 44 et s.

voluptates, non sibi. sudandum est iis pro communibus commodis, adeundae inimicitiae, subeundae saepe pro re publica tempestates.»

Ce second passage est plus nuancé et indique que les meilleurs citoyens ne recherchent pas l'*otium* pour eux-mêmes.

Le sens donné à l'*otium cum dignitate*, dépend en grande partie de l'expression *prospicere otium*. Boyancé estime que le patricien est appelé à contempler au loin l'*otium* après une vie faite de charges publiques et marquée par l'engagement pour la collectivité¹⁵. Wirszubski ne partage pas cette analyse: il estime que dans la langue cicéronienne *prospicere* signifie *veiller sur*¹⁶, que l'expression *cum dignitate otium* a un sens variable et qu'elle vise seulement à mettre en valeur les hommes susceptibles de préserver les institutions de la République¹⁷. Quelle que soit l'analyse retenue, il apparaît que l'exercice du pouvoir politique ne se résume pas aux institutions politiques et qu'il dépend en très grande partie des mœurs de ceux qui participent d'une manière ou d'une autre à la démocratie. Plus récemment, M. Castán Pérez-Gómez a indiqué que la démocratie se comprenait essentiellement comme des «modèles» dont le contenu dépendait de l'époque étudiée¹⁸. En ce sens, M. Sastre Ariza relève à juste titre que l'instauration d'élections libres ne suffit pas à établir la démocratie. Il insiste sur l'effet de la «culture politique» sur les institutions¹⁹. Le *mos majorum* ne s'inscrit pas dans la *summa divisio* entre droit public et droit privé²⁰. On ne peut pas exclure que la conception moderne marquée par la place de l'État ait une influence sur la manière dont les auteurs romanistes abordent le droit romain. Cette contribution n'entend pas remettre en cause les travaux qui adoptent une approche principalement institutionnelle. Une telle approche se justifie pleinement dans la mesure où, comme le rappelle Mme Occhaíta Valmaña, les institutions romaines, à la différence de celles de la Grèce antique, ont fini par transcender les citoyens

¹⁵ V. sur ce point BOYANCÉ, P., «Cum dignitate otium», *op. cit.*, p. 186; Rapp. LAIDLAW W. A., «Otium», *op. cit.*, p. 49.

¹⁶ WIRSZUBSKI, C., «Cicero's Cum Dignitate Otium: a Reconsideration», *The Journal of Roman Studies*, 1-2 (44), 1954, p. 3.

¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Una aproximación a la Democracia Romana a través del Sufragio Activo y Pasivo», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 57 et s. L'auteur emploie le terme «modelos» entre guillemets.

¹⁹ SASTRE ARIZA, S., «A vueltas con la Democracia», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 146 et s. L'auteur emploie l'expression «cultura política».

²⁰ En ce sens, V. KASER, M., KNÜTEL, R et LOHSSE, S., *Römisches Privatrecht*, 21^e éd., München, Beck C. H., 2016, parag. 3.2.

qui les composaient²¹. L'origine extra-institutionnelle du *mos* fonde par ailleurs l'intérêt d'un travail sur les mœurs qui accorde davantage d'importance aux personnes qu'aux institutions.

Ceci amène à prendre du recul par rapport à la tension politique pour envisager la tension de l'être.

1.1.2 LA TENSION DE L'ÊTRE

Salluste fait état de cette tension qu'il ressent fortement. Le passage suivant le révèle clairement:

«Ceterum ex aliis negotiis, quae ingenio exercentur, in primis magno usui est memoria rerum gestarum. [...] atque ego credo fore qui, quia decrevi procul a re publica aetatem agere, tanto tamque utili labori meo nomen inertiae imponant, certe quibus maxima industria videtur salutare plebem et conviviis gratiam quaerere. [...] profecto existimabunt me magis merito quam ignavia iudicium animi mei mutavisse maiusque commodum ex otio meo quam ex aliorum negotiis rei publicae venturum.»²².

Le malaise de l'auteur à l'égard de son retrait de la vie publique explique en grande partie le souci qui est le sien de justifier l'utilité de l'*otium* qui pourrait ici être traduit par oisiveté et qui est pourtant utile contrairement à l'activité très intense de ceux qui occupent des fonctions publiques. Fort de son expérience politique, l'historien n'hésite pas à souligner certains aspects peu glorieux et inévitables de la vie politique.

La grandeur d'un homme politique ne se mesure pas seulement à la pertinence de ses actions. Elle dépend aussi de sa capacité à s'abstraire du tumulte de la vie politique sans pour autant perdre de vue la nécessité de l'action. M. Hartog souligne d'ailleurs que la Renaissance a favorisé l'éducation et la culture en vue de celle-ci²³. M. Torrent Ruiz rappelle à ce sujet que le noble romain attend de ses soutiens et de ses proches qu'ils s'engagent avec lui, parfois physiquement s'il le faut, dans le combat politique²⁴.

²¹ VALMAÑA OCHAÍTA, A., «Democracia en la Antigüedad», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 172 et s.

²² SALLUSTE, *Bellum Jurgurthinum*, no 4.

²³ HARTOG, F., «L'autorité du temps», *Études*, 7 (411), 2009, p. 54.

²⁴ TORRENT RUIZ, A., «Partidos Políticos en la República tardía. De los Graco a César (133-44 a. C.)», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 12 et s.

Un extrait d'une lettre de Salluste à César mentionne la perte de repères de la jeunesse en cette fin de République.

«firmanda igitur sunt vel concordiae bona et discordiae mala expellenda. id ita eveniet, si sumptuum et rapinarum licentiam dempseris, non ad vetera instituta revocans, quae iam pridem corruptis moribus ludibrio sunt, sed si suam quoque rem familiarem finem sumptuum statueris : quoniam is incessit mos, ut homines adulescentuli sua atque aliena consumere, nihil libidinei atque aliis rogantibus denegare pulcherrimum putent, eam virtutem et magnitudinem animi, pudorem atque modestiam pro socordia aestiment»²⁵.

Ce texte un peu moins connu que le *Pro Sestio* évoque la crise morale d'une tout autre manière. Pour cet homme qui aimait tant joindre la pensée à l'action militaire, il est impossible et donc inutile de tenter de rétablir les anciennes mœurs. Il préconise de limiter les dépenses des jeunes gens. La discipline militaire et les exemples d'être hors du commun ont sans doute conduit l'auteur à critiquer la jeunesse avec la verve qu'on lui connaît. Ce second passage met en évidence l'influence de la conduite des affaires privées sur celle des affaires publiques. Il n'est pas ici question d'institutions mais d'inclination. En rapprochant ces deux passages de Salluste, il est possible d'apercevoir à nouveau l'ambivalence intrinsèque de l'*otium* relevée plus haut. Afin de bien servir la chose publique, l'être doit parfois s'en abstraire; il se trouve alors confronté à ses inclinations, bonnes et mauvaises.

Cette tension caractéristique de l'élévation de l'être vers la chose publique qui s'est poursuivie durant la Renaissance a persisté au moins jusqu'au milieu du XIX^e siècle, nonobstant l'apparence du divertissement.

1.2 De l'*otium* au divertissement

Ce glissement sémantique s'est inscrit dans l'air du temps: il a conforté la souveraineté étatique (1.2.1) avant d'asseoir le confort domestique (1.2.2).

1.2.1 LA SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE

Durant la Renaissance, les pays d'Europe ont affirmé leur singularité notamment par le biais de leur langue et de leur culture tout en renouant avec

²⁵ D'après une édition récente, ce texte date approximativement d'octobre 48 av. J.-C. V. Salluste, «Ad Caesarem senem de re publica», I, in J. T. Ramsey (éd.): *Fragments of the Histories: Letters to Caesar*, Cambridge (Massachusetts)-London, Harvard University Press, 2015, pp. 478, n.° 5.

l'héritage romain. Le temps et le lieu de ce colloque invitent à faire des choix. Blanche de Castille a été évoquée afin de rappeler, tout en la nuancant, l'influence hispanique sur la France à une époque où les seigneurs locaux étaient politiquement très puissants. Anne d'Autriche incarne quant à elle l'influence de la piété et de la probité espagnoles sur une France qui a poursuivi ce grand effort de différenciation culturelle en admettant l'intégration d'influences étrangères. La Contre-Réforme a donné naissance en France à plusieurs courants de pensée. Anne d'Autriche, mère de Louis XIV, était particulièrement favorable à un catholicisme très proche de l'Église romaine. Des penseurs ont essayé de reprendre certains éléments de la Réforme afin d'en nourrir la pensée catholique. Un de ces courants est marqué par le jansénisme. Il convient de souligner que ces interrogations philosophiques et théologiques se sont enchevêtrées dans d'autres querelles propres à la société française si bien que le dénominateur commun que constitue la référence à Jansen paraît bien petit pour couvrir des réalités très diverses²⁶. La dimension politique d'un jansénisme désireux de préserver la souveraineté de l'État, notamment par opposition aux Jésuites, est bien établie²⁷. C'est dans ce climat que Molière écrit *Tartuffe*. Des Catholiques proches de la doctrine de Rome se sentirent moqués par l'auteur en raison du personnage principal, un homme très observant et hypocrite. La Compagnie du Saint-Sacrement, soutenue par Anne d'Autriche s'offusqua de cette comédie. Le premier président du Parlement de Paris, par ailleurs, membre de la Compagnie du Saint-Sacrement décida de faire interdire *Tartuffe*²⁸. Plusieurs auteurs insistent sur le fait que le Roi Soleil a fait interdire la pièce avant tout pour ne pas accroître les tensions entre les différents courants catholiques²⁹. Ces tensions ne se manifestaient pas seulement par les arts mais sur le terrain particulièrement fertile des idées. Blaise Pascal, philosophe et mathématicien janséniste français, a mené à l'époque une réflexion sur le divertissement. Ses écrits étaient estimés en Espagne³⁰. D'après celui-ci, le divertissement n'a d'autre fonction que d'éviter à celui qui se diver-

²⁶ Pour une présentation des désaccords antérieurs et contemporains à la publication de l'Augustinus de Jansen, v. KOSTROUN, D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», *Histoire, Économie & Société*, 2 (30), 2011, p. 52 s.

²⁷ V. sur ce point SAUGNIEUX, J., *Le jansénisme espagnol du XVIII^e siècle: ses composantes et ses sources*, Textos y estudios del siglo XVIII, Oviedo, Cátedra Feijoo, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad, 1975, p. 55 s.

²⁸ BIET, C., «Molière et l'affaire Tartuffe (1664-1669)», *Histoire de la justice*, 1 (23), 2013, p. 76.

²⁹ V. notamment KOSTROUN, D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», *op. cit.*, p. 54 s.; BIET, C., «Molière et l'affaire Tartuffe (1664-1669)», *op. cit.*, p. 71.

³⁰ V. sur ce point SAUGNIEUX, J., *Le jansénisme espagnol du XVIII^e siècle: ses composantes et ses sources*, *op. cit.*, p. 171 et s. L'auteur souligne que Blaise Pascal était cependant peu connu au XVIII^e siècle en raison de son opposition à l'approche cartésienne de la raison à la mode en Europe à l'époque.

tit de penser à la mort. La liasse VIII des *Pensées* de l'auteur s'intitule «Divertissement». Ce titre pourrait être trompeur. Le fragment suivant est représentatif du ton de la liasse: «Les hommes n'ayant pu guérir la mort, la misère, l'ignorance, ils se sont avisés, pour se rendre heureux, de n'y point penser.³¹» M. Dubreucq relève d'ailleurs que le titre «Misère de l'homme» a été envisagé pour celle-ci³². Le divertissement selon Blaise Pascal diffère de l'*otium* qui est une source d'élévation lorsque l'activité poursuivie dans le cadre du divertissement est noble comme dans le cas de Salluste. Mme Pécharman rappelle en effet que pour Blaise Pascal, le caractère noble ou vil de l'activité est indifférent³³. Il l'affirme clairement: «On charge les hommes, dès l'enfance, du soin de leur honneur, de leur bien, de leurs amis, et encore du bien et de l'honneur de leurs amis. On les accable d'affaires, de l'apprentissage des langues et d'exercices. [...] Ainsi on leur donne des charges et des affaires qui les font tracasser dès la pointe du jour.³⁴». De nos jours, le divertissement est toujours d'une certaine ambivalence car il peut amener à «se retrouver» ou à «se perdre» comme le fait remarquer M. Zarka³⁵. Les écrits et les œuvres d'art portent la marque des mœurs de leur époque. Les hommes d'État étaient parfois embarrassés par ces derniers, comme dans le cas de *Tartuffe*. Ils en usaient aussi pour exercer une influence sur les mœurs. Ainsi Louis XIV a-t-il fait appel au gentilhomme modénois Vigarini pour mettre en scène l'amour galant dans les *Plaisirs de L'Île enchantée*³⁶. Des femmes, d'un côté ou de l'autre des Pyrénées ont aussi marqué l'histoire européenne. Outre Blanche de Castille et Anne d'Autriche, Angélique Arnauld, abbesse de Port-Royal, a contribué à l'enracinement du jansénisme en France³⁷. Ces influences culturelles et spirituelles diverses ont contribué à façonner l'Europe alors que les frontières étaient plus contraignantes qu'aujourd'hui. Les Espagnols et les Français étaient Européens lorsqu'ils tentaient de se définir comme Espagnols ou Français. Aucun de ces deux peuples européens n'a alors voulu rompre avec l'héri-

³¹ Les extraits cités dans ce travail sont reproduits d'après l'édition de Léon Brunschvicg qui n'est pas la plus récente mais qui reprend les papiers laissés par Blaise Pascal à sa mort et découverts en 1662. Cette approche a été préférée car l'œuvre de Blaise Pascal n'est pas le sujet principal du présent travail. PASCAL, B., *Pensées et opuscules*, L. Brunschvicg (éd.), 5^e éd., Paris, Hachette, 1909, paragr. 168, p. 406.

³² DUBREUCQ, É., «L'intériorité désertée et le fond du cœur. Le rapport à soi dans la liasse de Pascal sur le Divertissement», *Methodos. Savoirs et textes*, 5, 2005, paragr. 48.

³³ PÉCHARMAN, M., «Le divertissement selon Pascal ou la fiction de l'immortalité», *Cités*, 3 (7), 2001, p. 17.

³⁴ PASCAL, B., *Pensées et opuscules*, *op. cit.*, paragr. 143, p. 398.

³⁵ ZARKA, Y. C., «Éditorial. L'homme démocratique et le divertissement», *Cités*, 3 (7), 2001, p. 3.

³⁶ V. sur ce point ROUSSILLON, M., «Amour chevaleresque, amour galant et discours politiques de l'amour dans *Les Plaisirs de l'île enchantée* (1664)», *Littératures classiques*, 2 (69), 2009, p. 74 s.

³⁷ KOSTROUN D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», *op. cit.*, p. 54 et s.

tage romain. L'évolution qui est ici décrite ne se résume pas à une relation de cause à effet au sein de laquelle chaque événement a eu un effet aisément déterminable. L'affaire *Tartuffe* a permis d'établir un fait incontestable: Anne d'Autriche a exercé une certaine influence lors de la Contre-Réforme. Ce contexte a permis à Blaise Pascal de contribuer à la pensée janséniste française alors que le Roi Soleil a utilisé le jansénisme à des fins plus politiques que spirituelles. Les développements précédents relatifs au *mos majorum* ont également souligné l'importance du contexte de crise de la République romaine. Il a été vu que l'ambition de former les esprits au moyen de la culture classique en vue de permettre aux jeunes gens d'agir pour le bien public était paratagée au moins jusqu'à la Renaissance. Une corrélation a été établie par différents auteurs à la fin de la République romaine entre crise institutionnelle, morale ancienne et éducation du citoyen. Cette corrélation a contribué à marquer les esprits au fil des générations alors même que le contexte de crise institutionnelle de la République romaine n'était plus pertinent.

À la suite de ces développements sur l'*otium* et le divertissement, il apparaît que ni la quête d'élévation morale ni la tension politique n'ont disparu après la chute de Rome. Alexis de Tocqueville a fait l'expérience de l'évolution du lien entre mœurs et affaires publiques lors de son séjour aux États-Unis d'Amérique.

1.2.2 LE CONFORT DOMESTIQUE

L'histoire familiale de Tocqueville a brutalement heurté l'Histoire de France, projetant celui-ci aux confins de la modernité. Alexis de Tocqueville descend par sa mère de Guillaume de Lamoignon, le président à mortier du Parlement de Paris qui fit interdire *Tartuffe*. Il est l'arrière-petit-fils de Chrétien-Guillaume de Lamoignon de Malesherbes, avocat du roi Louis XVI qui fut guillotiné pour avoir assuré sa défense³⁸. M. Jaume relève que, si Tocqueville ne prend pas position au sujet du jansénisme³⁹, il a été très influencé par la philosophie de Blaise Pascal, en particulier par le divertissement⁴⁰. C'est avec ce bagage culturel qu'il s'est rendu aux États-Unis d'Amérique. Il a été

³⁸ AUBERT DE LA CHENAYE-DESBOIS, F.-A. et BADIER, J., *Dictionnaire de la noblesse*, t. 11, 3^e éd., Paris, Schlesinger Frères, 1863, p. 382, Jaume, L., *Tocqueville: les sources aristocratiques de la liberté: biographie intellectuelle*, Paris, France, Fayard, 2008, p. 397 et s.

³⁹ JAUME L., *Tocqueville, op. cit.*, p. 229 et s.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 218 et s., spéc. p. 221.

frappé par le «goût du bien-être matériel⁴¹» qu'il a observé là-bas. Ce goût nouveau pour l'auteur explique une caractéristique de la démocratie sur laquelle M. Schleifer, historien éduqué aux États-Unis d'Amérique et commentateur de *De la démocratie en Amérique* insiste beaucoup, à savoir la «mobilité⁴²». L'égalisation des conditions permet à tout un chacun d'accéder à n'importe quelle profession. Il reprend alors Tocqueville qui souligne qu'aux États-Unis d'Amérique toutes les professions sont honorables car elles en ont toutes pour finalité principale d'assouvir le «désir de bien-être» de ceux qui les exercent⁴³. Selon Alexis de Tocqueville, l'égalisation des conditions va de pair avec une plus grande liberté qui sert la recherche du confort matériel. Au fil des pages de *De la démocratie en Amérique*, l'auteur porte un regard français, à la fois curieux et bienveillant, sur ce peuple qu'il découvre. Il remarque une autre voie d'élévation des citoyens vers la chose publique: «Lorsque les citoyens sont forcés de s'occuper des affaires publiques, ils sont nécessairement tirés du milieu de leurs intérêts individuels et arrachés, de temps à autre, à la vue d'eux-mêmes.⁴⁴»

«On tire difficilement un homme de lui-même pour l'intéresser à la destinée de tout l'État, parce qu'il comprend mal l'influence que la destinée de l'État peut exercer sur son sort. Mais faut-il passer par un bout de son domaine, il verra d'un premier coup d'œil qu'il se rencontre un rapport entre cette petite affaire publique et ses plus grandes affaires privées, et il découvrira, sans qu'on le lui montre, le lien étroit qui unit ici l'intérêt particulier à l'intérêt général.⁴⁵» L'individu n'agit plus pour le bien commun par devoir ou, pour employer une expression quelque peu féodale, parce que sa condition l'y oblige. La liberté lui sert à assurer son bien-être en même temps qu'elle lui permet de se rendre compte qu'il ne peut y parvenir seul de manière satisfaisante. En s'associant afin de satisfaire ses propres intérêts, il fait l'expérience de l'action au sein d'une communauté plus grande qui oriente et conduit les affaires publiques⁴⁶.

⁴¹ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, in *Œuvres complètes*, 17^e éd., Paris, France, Calmann Lévy, (première édition 1840) 1888, p. 215., L'auteur a consacré plusieurs chapitres à cette question.

⁴² SCHLEIFER, J. T., *The Chicago companion to Tocqueville's Democracy in America*, Chicago, The University of Chicago Press, 2012, p. 58 et s. L'auteur emploie le terme «mobility».

⁴³ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 256 s.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 196 s.: «Des hommes ont par hasard un intérêt commun dans une certaine affaire. Il s'agit d'une entreprise commerciale à diriger, d'une opération industrielle à conclure; ils se rencontrent et s'unissent; ils se familiarisent peu à peu de cette manière avec l'association. Plus le nombre de ces petites affaires communes augmente, plus les hommes acquièrent, à leur insu même, la faculté de poursuivre en commun les grandes».

Alexis de Tocqueville comprend qu'il est possible d'inciter le citoyen à préserver l'intérêt général sans exiger qu'il s'engage de prime abord à défendre la souveraineté étatique; il lui suffit de rechercher le bien-être dans les moindres détails de sa vie privée et familiale. C'est cet aspect de l'existence qui explique le recours à l'expression *confort domestique* dans le cadre de ce travail.

Il a été vu que Blaise Pascal abordait le divertissement de manière neutre à la différence des auteurs qui évoquaient l'*otium* de manière ambivalente. Le caractère noble ou vil du divertissement est indifférent: il a pour seule finalité d'éloigner l'Homme de la pensée de sa propre mort. Le très pascalien Alexis de Tocqueville a remarqué le «goût du bien-être matériel». Loin de mépriser cette inclination, il a vu qu'elle pouvait conforter la poursuite de l'intérêt général.

Au terme de cette première partie, il apparaît que la tension politique ainsi que celle de l'être étaient permanentes en Europe. L'*otium* puis le divertissement d'après Blaise Pascal étaient un point d'équilibre de ces tensions. Avec la consécration de la recherche du bien-être comme finalité des actions privées et de l'action publique, cette tension n'a pas disparu; l'individu doit se soucier des autres et s'engager dans la vie publique pour parvenir à ses fins. Le consommateur, quant à lui, n'est pas amené à s'élever vers la chose publique; il suffit qu'il se concentre sur ses affaires.

II. LA CONCENTRATION SUR LES AFFAIRES PRIVÉES

Ce nouveau paradigme rompt avec l'élévation du citoyen vers les affaires publiques. Cette évolution est techniquement possible grâce à l'originalité de la consommation (2.1). Celle-ci conduit à un relâchement de la citoyenneté (2.2).

2.1 L'originalité de la consommation

La consommation est originale: son domaine est particulièrement étendu (2.1.1) alors que le consommateur est difficile à cerner (2.1.2).

2.1.1 L'ÉTENDUE DE LA CONSOMMATION

L'article 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est une disposition fondamentale en matière de consommation. Elle prévoit en son paragraphe 1 que «Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union

contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.» La Commission européenne a récemment entrepris un travail de grande ampleur en proposant notamment des textes importants en la matière. Afin d'assurer une bonne intégration du marché intérieur ainsi qu'une bonne protection du consommateur⁴⁷, l'harmonisation du droit des États membres est croissante⁴⁸. L'exposé des motifs de la proposition de refonte de plusieurs directives⁴⁹ dont la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs est d'ailleurs très clair sur ce point: «Le rapport du bilan de qualité indique que la plus grande contribution apportée par le droit des consommateurs de l'UE réside dans les règles harmonisées communes mises en place.⁵⁰» La poursuite de l'intégration du marché intérieur associée à la protection des consommateurs explique non seulement l'harmonisation du droit de la consommation mais aussi l'extension de son domaine. Ainsi, le célèbre arrêt *Euronrol* de la Cour de justice des Communautés européennes a par exemple précisé qu'une organisation internationale chargée du contrôle aérien pouvait ne pas être considérée comme une entreprise au sens de l'article 106 du TFUE, alors 86 du Traité CE et ne pas être soumise au droit de la concurrence.⁵¹ Les États membres peuvent en outre décider d'intervenir dans les développements de certaines activités dans le but de servir l'intérêt économique général, à condition de mener une action proportionnée aux objectifs à atteindre⁵². La Cour de justice de l'Union européenne a récemment admis que le déploiement d'un service de télévision numérique terrestre pouvait être un service économique d'intérêt général et a rappelé qu'il devait être précisément défini, nonobstant l'exécution

⁴⁷ L'article 169, §2 du TFUE renvoie à l'article 114 de ce traité qui prévoit une procédure destinée à harmoniser le droit des États membres en vue d'une intégration du marché intérieur soucieuse de la protection des consommateurs. La protection des consommateurs est donc indissociable de l'intégration du marché intérieur.

⁴⁸ La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs remonte à une époque où le principe d'harmonisation minimale a commencé à s'estomper. L'harmonisation maximale a depuis été davantage recherchée. V. en ce sens HOWELLS, G., «The Boundaries of Consumer Law and Private Law», in É. Poillot et I. Rueda (coord.), A. Prün (préf.): *Les frontières du droit privé européen* : [colloque, 28 et 29 octobre 2010, Université du Luxembourg], Bruxelles, Larcier, 2012, p. 233.

⁴⁹ COM(2018) 185 : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil européen modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE.

⁵⁰ *Ibid.*, paragr. 2 de l'exposé des motifs de ladite directive.

⁵¹ CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol, C-364/92.

⁵² CJUE, Affaire C-242/10, 21 décembre 2011, ENEL, points 50 et s.

d'une mission de service public⁵³. Lorsque l'État s'aventure en dehors du domaine régalien, il se doit de respecter le droit de la concurrence. Les usagers peuvent alors être considérés comme des consommateurs. En se plaçant ainsi en dehors du domaine strictement régalien, l'État se définit comme un acteur économique et contribue par son action à l'extension du domaine du droit de la consommation. M. Fallon observe par ailleurs que le juge communautaire a eu une influence sur le législateur qui a accordé beaucoup d'importance à la libre circulation⁵⁴. La libre circulation au sein d'un espace uniforme est un point cardinal du droit européen. Ceci est visible lorsque l'on examine ce droit d'un point de vue spatial. M. Pataut relève par exemple à ce sujet que le règlement dit «Bruxelles I», dans sa version en date de 2001⁵⁵, ne prévoyait déjà pas expressément de condition d'internationalité du litige⁵⁶. Le droit européen a en outre grandement réduit la portée de certaines distinctions juridiques en Europe continentale. Ainsi Mme Poillot remarque-t-elle à juste titre que la distinction entre droit public et droit privé n'est pas fondamentale en droit européen et évoque les exemples de mesures de restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent. «Ces notions représentent d'ailleurs un exemple de concepts difficiles à classer au sein de la *summa divisio* droit privé/droit public.⁵⁷» Ce souci de la libre circulation n'est pas sans rappeler l'importance de la mobilité selon une lecture plus nord-américaine que française de Tocqueville. Afin de comprendre l'importance de l'influence des États-Unis d'Amérique sur le droit européen de la consommation, il est utile de revenir aux sources du concept actuel⁵⁸ de consommation. La consommation est apparue dans les années 1920 afin de répondre aux besoins des ouvriers⁵⁹. Plus tard, les États-Unis d'Amérique, ont souhaité promouvoir la

⁵³ CJUE, Affaire C-66/16 P à C-69/16 P, 20 décembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco et Itelazpi, points 100 et s.

⁵⁴ FALLON, M., «Le droit communautaire: un espace en expansion continue», in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (éds): *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications Facultés universitaires Saint Louis, 2000, p. 307 et s.

⁵⁵ Règlement n° 44/2001 (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 remplacé par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁵⁶ PATAUT, É., «L'espace judiciaire européen: un espace cohérent ?», in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (coord.): *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Actes, Paris, Dalloz, 2004, p. 40.

⁵⁷ POILLOT, É., «La notion de droit privé européen», in É. Poillot et I. Rueda (coord.) et A. Prüin (préf.): *Les frontières du droit privé européen*: [colloque, 28 et 29 octobre 2010, Université du Luxembourg], Bruxelles, Larcier, 2012, p. 19.

⁵⁸ Les historiens distinguent une première période de consommation de masse apparue au XVIII^e siècle. V sur ce point ALBERT, A. et ROSSIGNEUX-MÉHEUST M., «Une question économique dominée par des enjeux moraux», *Histoire, Économie & Société*, 3 (32), 2013, p. 4.

⁵⁹ CHATRIOT, A. M.-E. CHESSEL et M. HILTON, «Introduction» in A. Chatriot, M.-E. Chessel et M. Hilton (éds.): *Au nom du consommateur: consommation et politique en Europe et aux États-Unis au XX^e siècle*, Collection «L'espace de l'histoire», Paris, La Découverte, 2004, p. 13.

démocratie par la consommation en Europe dans un contexte de guerre froide⁶⁰. Si les hommes doivent être libres afin de consommer, il est moins probable qu'ils soient tentés par le communisme. Cette stratégie fait écho à la réflexion de l'auteur de *De la démocratie en Amérique* qui notait que «Ainsi, les hommes des temps démocratiques ont besoin d'être libres afin de se procurer plus aisément les jouissances matérielles après lesquelles ils soupirent sans cesse.⁶¹» Ceci ne doit pas surprendre car ce phénomène d'écho a déjà été observé précédemment: la pensée de Pascal a nourri celle de Tocqueville dans un contexte différent de celui dans lequel le philosophe et mathématicien a écrit les *Pensées*. Plus tôt, une certaine jeunesse a reçu une éducation spirituelle en vue de l'action pour le bien commun. Le contexte institutionnel de la crise de la République romaine qui a encouragé cette formation de l'esprit était alors révolu. Ces évolutions ont été portées par une exigence spirituelle absente de la société de consommation qui repose sur un espace fluide où tout circule librement.

La consommation est originale également parce que son principal acteur à savoir le consommateur demeure difficile à cerner.

2.1.2 UN CONSOMMATEUR DIFFICILE À CERNER

La refonte du droit de la consommation vise à accroître la protection du consommateur en tenant compte de nouvelles pratiques de consommation, notamment du développement des places de marché en ligne⁶². Le consommateur doit être protégé parce qu'il est faible. Cette affirmation peut apparaître comme une tautologie. Elle est pourtant la principale source des difficultés du droit de la consommation. Ceci amène M. Julien à envisager le risque d'une généralisation de la consommation⁶³. Toutes les parties réputées faibles pourraient être traitées comme des consommateurs⁶⁴. Le droit de la consommation resterait fonctionnel en dépit de cet écueil car il soutient avant tout la libre circulation. Afin d'assurer la fluidité du marché, il suffit de s'intéresser aux pratiques de

⁶⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁶¹ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 234.

⁶² Il s'agit de la traduction du concept de *marketplace*. V. sur ce point notamment l'article 2 de la proposition COM(2018) 185 de Directive du Parlement européen et du Conseil européen modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE.

⁶³ JULIEN, J., «L'identité ou les identités du consommateur», in B. Mallet-Bricout et T. Favario (coord.): *L'identité, un singulier au pluriel*, Actes, Paris, Dalloz, 2015, p. no 6.

⁶⁴ *Ibid.*, p. no 11.

consommation et à ce qui les entrave. C'est notamment ce qui explique la re-fonte de la directive de 1993 relative aux clauses abusives. La nouvelle version de celle-ci porte sur l'uniformisation des sanctions minimales en vue de garantir une sécurité minimale uniforme sur le marché intérieur⁶⁵. Cette démarche est originale car le consommateur n'est pas appréhendé comme une personne mais comme un acteur économique sur un marché régulé. Elle rompt avec la conception héritée de Rome selon laquelle l'éducation amène l'individu à envisager son action pour le bien commun. Alexis de Tocqueville, à la suite de Blaise Pascal, s'est inquiété dans *De la démocratie en Amérique* d'une possible dérive de la démocratie vers une société au sein de laquelle la futilité du divertissement l'emporte sur la nécessaire intériorité de toute personne qui se sait mortelle. «Lorsque le goût des jouissances matérielles se développe chez un de ces peuples plus rapidement que les lumières et que les habitudes de la liberté, il vient un moment où les hommes sont emportés, comme hors d'eux-mêmes, à la vue de ces biens nouveaux qu'ils sont prêts à saisir.[...] L'exercice de leurs devoirs politiques leur paraît un contre-temps fâcheux qui les distrait de leur industrie. S'agit-il de choisir leurs représentants, de prêter main-forte à l'autorité, de traiter en commun la chose commune, le temps leur manque; ils ne sauraient dissiper ce temps si précieux en travaux inutiles. Ce sont là jeux d'oisifs qui ne conviennent point à des hommes graves et occupés des intérêts sérieux de la vie.⁶⁶» L'arrière-petit-fils de Malesherbes a été jusqu'à envisager l'inversion d'une vertu: le souci de la chose publique, caractéristique à Rome de l'*otium cum dignitate*, pourrait devenir un signe d'oisiveté dans les sociétés mues principalement par l'attrait des jouissances matérielles.

Il apparaît que la consommation au sein de l'Union européenne est un changement de paradigme. La profondeur de la personne est en effet moins importante que la fluidité d'un espace de libre circulation. Il va être vu que cette évolution conduit au relâchement de la citoyenneté.

2.2 Le relâchement de la citoyenneté

Malgré l'efficacité du relâchement (2.2.1), il convient de chercher à apaiser le citoyen européen autrement qu'en lui permettant de consommer sereinement (2.2.2).

⁶⁵ V. sur ce point l'article 3 de la proposition de directive COM(2018) 185.

⁶⁶ DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 234 s.

2.2.1 EFFICACITÉ DU RELÂCHEMENT

Le paradigme consumériste ne néglige pas l'individu. La société de consommation tend à donner aux ouvriers l'accès à ce dont ils ont besoin. Cette consommation est utile à la société puisqu'elle occupe les individus à la fourniture de biens et de services. L'engagement pour le bien commun est alors secondaire tandis que le soutien à la consommation est primordial. L'égalisation des conditions permet, en principe, à tout un chacun d'assurer son bien-être. L'individu doit travailler afin de s'offrir ce qu'il souhaite consommer. S'il est «mobile», pour paraphraser M. Schleifer, il parvient plus facilement à se procurer ce dont il a besoin afin de conforter son bien-être. Le marché intérieur doit être fluide pour que sa mobilité ne soit pas entravée. La fluidité de circulation est recherchée en toute matière même dans celles qui n'ont que peu de rapport avec la consommation telles que le droit des successions. Les habitudes des praticiens de cette matière ne sont pas toujours une entrave à l'application de normes supranationales ou étrangères. Elles peuvent même faciliter leur application. Des différences de législation peuvent par exemple conduire à considérer d'un pays à l'autre qu'un acte relève du droit des successions ou de celui des régimes matrimoniaux. Ces différences d'interprétation ne justifient pas à elles seules une harmonisation des dispositions nationales. La Cour de justice de l'Union européenne a par exemple eu l'occasion de se prononcer sur la qualification d'un droit dont est titulaire le conjoint survivant en droit civil allemand au regard du Règlement n.º 650/2012 relatif aux successions⁶⁷. L'article 1^{er}, paragraphe 2, d) exclut l'application dudit Règlement aux questions qui relèvent des régimes matrimoniaux. Les considérants 7 et 23 notamment accordent quant à eux une grande importance à la libre circulation en matière successorale. L'établissement d'un certificat européen de succession simplifie les démarches administratives car il permet de prouver la qualité d'héritier dans les différents pays qui y ont recours⁶⁸. À l'occasion d'une question préjudicielle, la Cour a examiné le droit allemand et estimé qu'il était préférable de considérer qu'il s'agissait d'un droit successoral afin de permettre l'établissement d'un certificat européen de succession et a relevé que cette qualification ne heurtait pas le droit civil allemand⁶⁹. Cette affaire montre qu'il y a deux manières d'aborder une règle de droit. Le juge national s'interroge sur la nature d'un droit tandis que le juge communau-

⁶⁷ Règlement (UE) no 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁶⁸ V. article 63, §1 dudit Règlement.

⁶⁹ CJUE, 1^{er} mars 2018, C-558/16, Mahnkopf, points 33 et s.

taire privilégie une approche relative à la circulation. Cette complémentarité rappelle la relation entre le droit de la concurrence et le droit civil: ces deux matières ne suivent pas la même représentation de la réalité. Beaucoup d'auteurs réfléchissent à juste titre à l'opportunité d'une harmonisation toujours plus grande des dispositions nationales. Il a été vu qu'un droit dépendait d'abord du contexte de son élaboration puis de son évolution en dehors de ce contexte. Les dispositions anciennes qui donnent leur spécificité aux droits internes des États membres n'ont pas été conçues en veillant à la fluidité du marché intérieur européen. Il est possible de modifier les droits nationaux en tenant compte de ce paramètre. Les questions de nature juridique et de libre circulation ne sont toutefois pas substituables. Rechercher avant tout la libre circulation revient à accorder beaucoup moins d'importance à d'autres questions juridiques fondamentales. Ces questions sont présentes à l'esprit du praticien et l'aident parfois à interpréter une disposition internationale afin par exemple de soutenir la validité d'un testament pourtant irrégulier sur le plan formel selon le droit national⁷⁰. Les exigences formelles auxquelles les praticiens doivent se plier peuvent être source de difficultés majeures dans l'ordre international alors que l'exécution d'un acte dépend du respect de ces exigences⁷¹. Les mœurs ne sont pas par nature un frein à l'intégration des règles issues de sources européenne ou internationale. Les praticiens doivent faire quelque chose afin de répondre au besoin d'une personne ou de trancher un litige; en cas d'incertitude, ils préfèrent puiser les arguments pertinents aux sources qu'ils connaissent le mieux. Ils en usent conformément aux mœurs de leur époque. C'est en ce sens qu'Algirdas Julien Greimas parle de «bonnes manières juridiques⁷²». Les différentes corrélations entre les mœurs et le contexte institutionnel qui ont été étudiées précédemment sont solidement ancrées dans une histoire commune incontestable et ne suivent pas pour autant une logique immuable. Le droit est une construction sociale et culturelle comme la langue, par exemple. La singularité d'une culture exerce une influence notable et similaire sur tous les phénomènes culturels dont le droit. Cette influence est manifeste en matière de traduction⁷³. Une langue n'est pas abandonnée à l'arbi-

⁷⁰ V. C. CASS., Civ. I, 5 septembre 2018, no 17-26010. La Cour de cassation française a interprété la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D. C, 26 octobre 1973).

⁷¹ V. par exemple ROCCATI, M., «Traduction et interprétation dans le cadre du renvoi préjudiciel européen», *Études de linguistique appliquée*, 3 (183), 2016, p. 303 en matière de signification des actes.

⁷² GREIMAS, A. J., *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Editions du Seuil, 1976, p. 111. L'auteur établit un parallèle entre le droit, la table et la conversation.

⁷³ V. sur ce point GLANERT, S., *De la traductibilité du droit*, P. Legrand (préf.), Paris, Dalloz, 2011, p. 185. L'auteur insiste sur la similarité des difficultés rencontrées notamment par les traducteurs littéraires, juridiques ou de sciences humaines.

traire de celui qui l'emploie; sa structure ne suit pas un ordre purement logique. La maîtrise des langues suppose une connaissance des mœurs des locuteurs qui désignent une certaine réalité en se référant dans une langue à quelque chose qui est commun à tous les locuteurs et qui les rapproche. Les mœurs forment l'esprit de citoyens appelés à vivre ensemble. La citoyenneté exige une certaine proximité. La consommation de masse repose au contraire sur l'étendue des pratiques de consommation qui doivent concerner le plus grand nombre. Le relâchement du lien de citoyenneté est efficace au sein de l'Union européenne car le domaine de la libre circulation s'étend continuellement et les institutions de l'Union fonctionnent. Il n'y a donc pas en Europe de crise institutionnelle semblable à celle qui a emporté la République romaine.

Certains citoyens peuvent en temps de crise économique se sentir exclus de la démocratie et de la société de consommation. Il semble de ce fait intéressant de rechercher un *mos majorum* à l'échelle européenne.

2.2.2 RECHERCHER L'APAISEMENT DU CITOYEN

Les mœurs ont contribué à forger l'Europe par-delà les frontières. Le développement d'une culture européenne n'avait alors pas de réelle portée juridique. Ceci n'est pas surprenant puisque les mœurs naissent entre autres des habitudes du cœur et de l'esprit acquises dans un contexte social et culturel qui n'est ni strictement borné par des frontières administratives, ni limité par des institutions politiques. Le développement de la consommation dans un contexte de guerre froide en est sans doute la meilleure illustration: les États-Unis d'Amérique ont développé les mœurs consuméristes durant cette période afin d'asseoir la démocratie. Ce faisant, ils ont appliqué à leur manière les enseignements de Tocqueville. L'auteur demeure une autorité pour la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique qui n'hésite pas à s'y référer lorsque aucun autre argument ne semble suffisamment fort pour susciter l'adhésion, notamment afin de défendre le caractère constitutionnel du droit de se marier pour les personnes de même sexe⁷⁴. Beaucoup plus proche de nous, Européens, Georges Burdeau porte le regard suivant sur la démocratie au sein des sociétés consuméristes: «Par l'élévation du revenu national, la consommation de masse, la multiplication des services collectifs, l'extension des mécanismes d'assurance ou de sécurité contre les risques de la vie, nos sociétés deviennent de plus en

⁷⁴ V. l'opinion majoritaire dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ____ (2015), slip op., p. 16. Cette affaire illustre une corrélation entre la pensée de Tocqueville sur la démocratie et celle des juristes des États-Unis d'Amérique.

plus démocratiques en ce sens qu'elles tendent vers une socialisation de plus en plus large des profits et des charges. Toutefois c'est là une démocratisation qui affecte les mœurs en édulcorant les volontés.⁷⁵» Nombre de citoyens européens s'inquiètent de leur avenir dans une société largement préoccupée par le bien-être matériel. La stratégie de la démocratie consumériste semble montrer ses limites. La civilisation européenne n'est pas née de la libre circulation. L'Union européenne, parce qu'elle est européenne, ne peut pas veiller principalement à la fluidité du marché intérieur. La fluidité n'est pas la consistance. Partir de Rome pour arriver aux États-Unis d'Amérique en passant par les Pyrénées incite à s'inspirer d'illustres Romains. Les mœurs incarnent et perpétuent l'esprit. Rechercher des mœurs européennes communes qui ne seraient pas universalistes et ne se confondraient de ce fait pas avec les droits de l'Homme qui sont universels, aiderait les citoyens à se sentir davantage Européens. L'exemple des États-Unis d'Amérique montre qu'il est important que ceux qui sont attachés à l'Europe et à Rome fassent ressentir au plus grand nombre la profondeur et la pertinence de cet héritage commun. L'expansion réussie du consumérisme durant la guerre froide incite à ne rechercher ni définitions abstraites ni normes concrètes. L'expérience doit primer car elle exige de puiser dans le passé de quoi irriguer l'avenir.

Le modèle essentiellement consumériste promu par le droit européen rompt avec l'héritage romain et contribue à un relâchement de la citoyenneté. Ce modèle a atteint ses limites et cause des insatisfactions. Cette partie a mis en évidence l'intérêt de rechercher des mœurs spécifiquement européennes.

Au terme de ce travail, il apparaît que l'Union européenne repose avant tout sur un acte de foi. Elle ne peut plus se contenter de solutions concrètes et rationnelles. La recherche d'un *mos majorum* européen permettrait de bâtir une Union européenne plus charnelle et plus spirituelle, susceptible de donner au plus grand nombre l'impression d'être profondément Européen.

⁷⁵ BURDEAU, G., *La démocratie*, Nouvelle éd., Paris, Éditions du Seuil, 1966, p. 82.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO

Roman roots of Spanish and European commercial law

AMPARO SALOM LUCAS (MAGISTRADA)
Universidad Jaume I Castellón

Resumen: A través de este artículo se pretende dar una visión general y transversal del origen romanístico de algunas de las instituciones de derecho mercantil clave en la actualidad, tanto a nivel nacional, como a nivel comunitario. Con ello se invita a la reflexión del lector acerca de la pretendida novedad de algunas de las figuras jurídicas del derecho comercial con las que se trabaja hoy en día, tales como la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el factor mercantil, el leasing o la protección de consumidores y usuarios.

Palabras clave: Derecho romano, derecho mercantil, derecho comercial, mediación, factor mercantil, arrendamiento financiero, leasing, protección de los consumidores.

Abstract: Throughout this article, we intend to give a general and transversal view of the Roman origin of some of the current key commercial law institutions, both at the national level and at the european level. This invites the reader to reflect on the alleged novelty of some of the legal concepts of commercial law that are being worked on today, such as, mediation in civil and mercantile matters, manager with general power of attorney, leasing or consumer protection.

Keywords: Roman law, commercial law, mediation, manager with general power of attorney, financial leasing, protection of consumers.

SUMARIO: I.—Introducción. Evolución histórica. II.—Leasing. III.—Factor notorio. IV.—Mediación. V.—Protección del consumidor.

I. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La indudable influencia del derecho romano en el derecho vigente hoy en día en España, gran parte de Europa, y la mayoría de países iberoamericanos, alcanza, como no podía ser de otra manera, al derecho comercial o derecho mercantil.

Es difícil de imaginar que figuras tan pretendidamente actuales o modernas, tales como el «leasing», o la mediación, tienen sus raíces en un Derecho con más de 2.000 años de antigüedad. No todo es tan novedoso como creemos y pese a que las figuras jurídicas respondan a las necesidades de una sociedad cambiante y digital, lo cierto es que éstas hunden sus raíces en las otras ya creadas en el Derecho romano, como a continuación veremos.

A efectos simplemente de centrar históricamente el objeto del presente artículo, haremos una breve reseña de las etapas que vivió el derecho comercial en la antigua Roma.

El hecho de que la palabra *commercium* deriva de las expresiones latinas *cum* y *merx* pone en evidencia que dicho término se refería al tráfico de mercancías; y las principales actividades que quedaban bajo el «paraguas» del derecho comercial eran las siguientes¹:

- 1) Intercambio y circulación de bienes, con intervención de *mercatores* y *negotiatores*
- 2) Actividades financieras y de crédito por parte de los banqueros.
- 3) Producción artesanal e industrial (textil, alimentaria, metales etc).
- 4) Transporte marítimo y terrestre
- 5) Actividad agrícola
- 6) Servicios (baños públicos, posaderos, lavanderías, muleros etc.).
- 7) Intermediación comercial de árbitros y proxenetas.

Este elenco de actividades es la consecuencia de una evolución del sistema económico romano que parte de una base agraria apoyada en la familia patriarcal, y pasa a otro sistema de base empresarial y ámbito familiar.

Como acertadamente concluye José Luis Zamora² «*la diferencia sustancial entre el mundo romano y el actual en materias de actividad comercial se podría resumir de la siguiente manera: los romanos llevan a cabo su actividad comercial a través de los esclavos o sometidos y normalmente en los moder-*

¹ ZAMORA MANZANO, J., Derecho comercial romano, *Dykinson Manuales Jurídicos*, 2013, p.19.

² ZAMORA MANZANO, J., Derecho comercial romano, *Dykinson Manuales Jurídicos*. 2013, p. 45.

nos ordenamientos la gestión se realiza utilizando como instrumento una persona jurídica (sociedades)».

Si atendemos a nuestra actual regulación en materia mercantil observamos que el Código de Comercio de 1885 apenas tiene en vigor algunos artículos, pues su contenido ha quedado en gran medida desplazado por Leyes específicas en la materia, como la Ley de Navegación marítima 14/2014, la Ley Concursal 22/2003, Ley de defensa de la competencia 15/2007, Ley de Sociedades de Capital RDL 1/2010, Ley de Marcas 17/2001, etc.

Hay autores³ que afirman que el nuevo derecho mercantil surge como consecuencia de tres factores fundamentales:

La institucionalización de un mercado de libre competencia:

a) La incidencia en el mercado de los avances tecnológicos y bienes inmateriales.

b) La internacionalización del mercado⁴.

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, ha de reseñarse el objetivo de crear un mercado único en el que estén integrados los territorios y mercados de los Estados Miembros, suprimiendo barreras arancelarias y formando un auténtico mercado único de libre competencia. Para conseguir tales fines la Unión Europea dispone de dos herramientas, los Reglamentos y las Directivas. Los Reglamentos son normas supranacionales que obligan directamente a todos los ciudadanos de los Estados Miembros desde su entrada en vigor, y las Directivas son normas dirigidas a los Estados miembros para que estos incorporen a la legislación nacional su contenido. Es precisamente a través de este último instrumento que se pretende aproximar las distintas legislaciones nacionales en las materias reguladas por las Directivas.

Estas iniciativas, de globalización del mercado no son nuevas, como indica la profesora Lázaro⁵ mencionando a Arnold, «el estudio de los clásicos es indispensable para entender el presente, pues nosotros mismos somos herederos de su cultura». Buena prueba de ello, y qué mejor marco para resaltarlo que el presente, el derecho civil romano constituye la base de los Tratados de

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Manuales Universitarios. Apuntes de derecho mercantil*. 2018.

⁴ Con gran incidencia del Convenio de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, el acuerdo de la Organización mundial del comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, o más recientemente la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 incorporada a la legislación española por la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de información y comercio electrónico.

⁵ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *El concepto romano de ciudadanía en algunas fuentes literarias y jurídicas: posible fundamentum iuris para una propuesta de ciudadanía europea*, Fundamenta Iuris, 2012.

Maastrich de 1992 y de Amsterdam de 1997, como también lo es en las legislaciones de gran parte de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Esta normativa homogénea que se pretende conseguir a través de Directivas y Reglamentos, es el primer escalón hacia el mercado único. De hecho, se han dictado gran número de Directivas para regular las sociedades mercantiles, entidades de crédito, de seguro y las bolsas. Un segundo escalón lo configuran las instituciones supranacionales⁶ que no dependen de la legislación nacional, sino de los Reglamentos.

Por último, hemos de hacer una breve referencia, sin perjuicio de lo que posteriormente analizaremos, a la preocupación de la Unión Europea por la protección del consumidor, que ha trastocado tremendamente la actividad jurisdiccional española desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 2013 (caso Aziz) a la que han sucedido un sinnúmero de otras resoluciones dando un nuevo enfoque a las relaciones entre consumidor y empresario. Esta corriente jurisprudencial ha propiciado profundos cambios legislativos en España⁷ y ha generado incluso la creación de juzgados especializados⁸ en esta materia cuyo colapso ha sido inmediato.

Esta necesidad de adaptar el sistema jurisdiccional y legal de los Estados Miembros al derecho comunitario ha provocado que cada vez tengan mayor trascendencia las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, especialmente las relativas a cuestiones prejudiciales.

II. LEASING

Muchos han sido los autores que han sabido ver raíces romanas en la actual figura del arrendamiento financiero⁹, instrumento jurídico ampliamente utilizado sobre todo en el sector automovilístico e industrial.

⁶ Agrupación Europea de Interés económico, regulada por Reglamento de 25 de julio de 1985, Sociedad Anónima Europea regulada por Reglamento (CE) 2157/2001 y la Sociedad Cooperativa Europea regulada por el Reglamento (CE) 1435/2003

⁷ En el caso concreto de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, las normas que la han reformado, debido a la influencia de la jurisprudencia comunitaria son las siguientes: Ley 1/2013 de 14 de mayo, autodenominada Ley Antidesahucios; la Ley 3/2014 relativa a la legitimación en la protección a los consumidores; la Ley 9/2015 sobre régimen de recursos; o la 42/2015 que incorpora la posibilidad de controlar la existencia de cláusulas abusivas en procesos monitorios basados en un contrato entre consumidor y empresario.

⁸ Estos juzgados fueron creados por Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

⁹ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *Reveu Internationale des droits de l'Antiquité XLVIII*, 2001, pp. 185 ss. Zamora Manzano, J. *Derecho comercial romano*, Dykinson Manuales Jurídicos, 2013, pp. 101 ss.

La doctrina define el «leasing» como aquel contrato por el cual el arrendador cede al arrendatario el uso de un bien a cambio del pago de cuotas periódicas, quien además, al cumplimiento del plazo pactado puede adquirir el bien en cuestión¹⁰. Zamora considera que la figura romana más próxima al «leasing» es el contrato estimatorio, por el cual una persona (*tradens*) entrega a otra (consignatario o *accipiens*) una cosa con encargo de venderla. En el plazo pactado el consignatario ha de entregar el precio pactado o restituir el bien¹¹.

Los beneficios que tiene esta figura contractual en el tráfico mercantil son innegables, por cuanto el arrendatario obtiene indirectamente la financiación para adquirir bienes contra un canon periódico dentro de un plazo, finalizado el cual tiene la posibilidad de adquirirlo tras haber comprobado ampliamente su funcionamiento y cualidades.

Dicho autor menciona un texto de Javoleno¹² como fuente romana del contrato de «leasing», en el que, en una venta de un fundo, se pactó que hasta el pago total del precio el comprador lo tendría en arriendo, pagando una renta.

La profesora Lázaro¹³, con cita de Ghia, sitúa los orígenes de este contrato en el tercer milenio a. C en Egipto en un supuesto en el que un pequeño propietario de tierras arrendaba un terreno con todos los utensilios para su explotación a cambio del pago de un canon periódico, por un plazo determinado.

Sin ánimo de ser exhaustivos, es interesante destacar los dos ejemplos de arrendamiento financiero hallados por la autora, en concreto, el comercio de gladiadores y el de equinos¹⁴. El objeto del contrato es muestra evidente de las distintas necesidades de las dos sociedades, la romana y la actual. De este modo, mientras en la antigua Roma caballos y gladiadores eran, por llamarlo así, instrumento necesario para el desarrollo de ciertas empresas, de alto coste económico y vida útil limitada; en la sociedad actual el objeto habitual de este tipo de contratos son vehículos o maquinaria industrial o científica, dándose en tales objetos las mismas notas que se daban hace dos milenios sobre equinos y gladiadores, a saber: necesidad, coste económico y duración limitada.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil II*, 1997, p. 205.

¹¹ *Datio ad experiendum, datio ad inspiciendum*

¹² D.19.2.21

¹³ LÁZARO GUILLAMÓN, C. *Reveu Internationale des droits de l'Antiquité XLVIII*, 2001, p. 187.

¹⁴ Según la autora, Gayo refiere comercio con gladiadores. El *lanista* los formaba y los llevaba a espectáculos circenses a cambio de dinero. Finalizado el juego, por cada gladiador sano el empresario circense pagaba al *lanista* veinte denarios por cada gladiador sano, y mil por cada gladiador muerto o lizado. En el caso de los equinos, nos recuerda una duda planteada a Ulpiano en una venta de caballos entregados al comprador durante tres días gratuitamente, a prueba, durante los cuales ganaron una carrera pero el comprador finalmente no abonó el precio de la compraventa.

III. FACTOR NOTORIO

La organización empresarial en la antigua Roma estaba basada en dos pilares fundamentales, la familia (supeditada a la capacidad decisoria del *paterfamilias*) y los esclavos.

A fin de llevar su negocio día a día, el *paterfamilias* encargaba la gestión de ciertas cuestiones a sus hijos o esclavos; y para garantizar los derechos de los acreedores que contrataban a través de los mismos con el empresario, el Pretor concedía en su Edicto acciones (*adyeticias qualitatis*¹⁵) para poder demandar al *paterfamilias* por las transacciones llevadas a cabo por sus hijos o esclavos en su nombre¹⁶. Por ejemplo, en el contrato de transporte, el Derecho romano contemplaba la intervención de auxiliares¹⁷, que se mantiene hoy en día cuando el transporte encargado al porteador sea ejecutado por sus auxiliares.

Hoy en día, en el derecho español, el empresario puede otorgar poderes, generales o especiales, para ampliar así sus posibilidades de actuación en el comercio. En los artículos 282 y siguientes del Código de Comercio se regulan distintas formas de mandato mercantil (factores, dependientes y mancebos) La doctrina distingue entre los colaboradores dependientes del empresario (auxiliares) de los independientes. Los primeros están vinculados al empresario por una relación de subordinación a través de un contrato de trabajo, y los segundos son aquellas personas que ayudan al empresario a realizar su actividad pero no están sometidos a su subordinación jerárquica y están al margen de la empresa, por ejemplo los agentes¹⁸.

El apoderado general o factor, regulado en el artículo 283 del Código de Comercio, es definido como «el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario.»

¹⁵ A través de estas acciones permitían a los acreedores demandar al *paterfamilias* adyeticamente por los negocios realizados por los sometidos a su *potestas*:

- a) Actio quod iussu
- b) Actio exercitoria
- c) Actio institoria
- d) Actio de peculio
- e) Actio tributaria
- f) Actio in rem verso

¹⁶ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dikynson, p. 34.

¹⁷ MORILLAS JARILLO, M. J., *Seguro de Transporte*, Cuadernos de Derecho judicial n.º 9, 1997, ISSN 1134-9670, p. 430.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil I*, 1997, p. 189.

Pese a las similitudes entre estas figuras y las tareas desempeñadas por hijos y esclavos en la antigua Roma, hemos de reseñar una importante diferencia, y es que el Código de Comercio exige para ser factor capacidad para obligarse y poder de la persona por cuya cuenta realiza el negocio (artículos 282 y 283), por cuanto es un *alter ego* del empresario.

En el derecho español, el empresario queda obligado por los actos u omisiones que cometan sus dependientes, por culpa o negligencia, de manera que quedan salvaguardados los derechos del acreedor, de la misma manera que quedaban protegidos en el Derecho Romano con las acciones adyeticias. Así lo dispone el artículo 1903 del Código Civil:

«La obligación que impone el artículo anterior¹⁹ es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.[...] Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones».

Y también los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio, de los que resaltamos el 284 y 285:

«Artículo 284: Los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y, en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen.

Artículo 285: Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeren.

Cualquiera reclamación para compelerlos a su cumplimiento, se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor, a menos que estén confundidos con aquéllos».

La jurisprudencia española ha evolucionado desde el rigor formal de exigir que el poder conferido al factor se otorgue en documento público (artículos 281 a 284 del Código de Comercio y 1280.5 del Código Civil), a considerar la «vital importancia» de la «apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia es que origina la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica»²⁰.

¹⁹ Artículo 1902 del Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 245/2006 de 9 de marzo, analiza un caso en que un cliente de una entidad bancaria ingresó un dinero en la cuenta corriente, que posteriormente desapareció por ser extraída en una segunda entidad por el director de aquella, a quien consideró responsable, no sólo por ser la depositaria del dinero y tener por tanto la obligación de devolverlo, sino por la culpa *in vigilando e in eligendo* sobre el director de la oficina quien, teniendo poder del banco, se extralimitó en su representación y destino el dinero a otros fines.

Esta evolución jurisprudencial culmina en la corriente doctrinal de no considerar que el empresario responda como consecuencia de una culpa *in eligendo* o *in vigilando* sobre su empleado, sino que se trata de una responsabilidad por el riesgo creado o el beneficio recibido: *cuius commoda eius incommoda, ubi est emolumentum ibi onus esse debet*.²¹ Esta responsabilidad del empresario cuasi objetiva, se producirá siempre que el factor haya actuado sometido, aunque sólo sea potencialmente, a la dirección del empresario²². Bastaría con que el empresario diera una conformidad, directa o indirecta, a la actuación del factor, para que desplegara los efectos de la responsabilidad del empresario.

IV. MEDIACIÓN

La mediación, como medio de resolución de conflictos, alternativo o complementario a la vía judicial, es un instrumento de reconocida eficacia a nivel europeo. Pocos conocen que el origen de esta institución jurídica que goza de gran reconocimiento hoy en día, se remonta a la figura del Pretor, cuya labor era guiar a las partes en conflicto para que llegaran a un acuerdo antes de acudir a la vía judicial, de la misma manera que hoy en día hace el mediador. También el *pater gentis* podía solucionar controversias suscitadas entre los miembros de la stirpe.

El estudio de la evolución histórica de la figura de la mediación nos permite afirmar que la misma es consustancial a la sociedad, y se ha ido adaptando a todas ellas.²³ Así lo acredita el hecho de su existencia durante los siglos,

²¹ PÉREZ MORALES, M. G., *Protección del acreedor. Ejercicio simultáneo de acciones en materias civil y penal por hechos fraudulentos del factor mercantil*, Revista Aranzadi Doctrinal n.º 1/2010, parte Estudio.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1982, 30 de octubre de 1985.

²³ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson. P. 123.

en distintos países y distintas sociedades, bajo denominaciones diferentes, pero con un mismo contenido como a continuación veremos.

Los autores han encontrado antecedentes de la actual mediación en la *transactio*, pacto cuya finalidad era evitar un litigio o poner fin a uno ya iniciado, ante el Pretor. Una vez alcanzado el mismo, y del mismo modo que en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴, el demandante podía renunciar a sus pretensiones en pro del acuerdo.

La profesora Lázaro, analizando la función del pretor y la mediación policial²⁵, señala:

«En efecto, la actividad pretoria suena a mediación realizada desde el control y la guía de un órgano jurisdiccional –que no judicial-, esto es, por una persona con suficientes competencias –potestates– para, además de ejercer la iurisdicción, compeler a las partes a pacificarse, tal y como tiene encomendado hacer un mediador policial¹⁶. Si en la antigua Roma se celebra el equilibrio entre auctoritas –la de los juristas en este caso– y potestas –en lo que nos interesa, la del Pretor–, ponderando a la primera en cualquier caso, dado que es una virtud que describe a las personas o instituciones que tienen una especial aptitud moral para emitir decisiones o consejos que, de este modo, no hacía falta imponer legalmente porque su legitimidad proviene de aquella y, describiendo a la segunda como una atribución de competencias, estos dos elementos confluyen en las tareas encomendadas al mediador policial que es quien tiene el conocimiento y la aptitud para la gestión de determinados conflictos y, además, la competencia para intentar transformarlos para que lleguen a solucionarse de forma pacífica ¿Quién mejor que el denominado «agente de la autoridad» para que, en el marco de su profesión, sea mediador?, eso sí, un agente de la autoridad que participe del concepto y del sentido de auctoritas en equilibrio absoluto con la potestas.»

Es más, de la misma manera que el artículo 414²⁶ y 415 de dicha Ley prevé un trámite para que puedan alcanzar un acuerdo en la audiencia previa, en el derecho romano, el Pretor también podía propiciar el acuerdo²⁷ (D.12.1.21,

²⁴ Artículos 19 y 20 de dicha Ley

²⁵ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *Mediación policial y tutela judicial efectiva en la actualidad: reflexiones de una romanista*, Zeszyty Naukowe KUL 60 (2017), nr 3 (239) p. 276.

²⁶ Dicho artículo dispone: «[...] La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. [...]» Ambos párrafos han sido introducidos en su actual redacción por el apartado diez, de la Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²⁷ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson Manuales Jurídicos, 2013, página 124

Iulianus 48 dig.) Este texto también indica que el *officium* de Pretor tenía entre sus funciones disminuir los pleitos, y en cualquier caso obrar con más humanidad garantizando pactos equilibrados y garantizando la paz social.

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, encontramos gran parte de estos principios inspiradores que ya estaban vigentes en el derecho romano. Enlazando con las anteriores funciones del Pretor, nos permitimos equipararlas con las contenidas en dicha Exposición de Motivos cuando califica la mediación como «un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales». La doctrina científica ha destacado también la eficiencia de la mediación para facilitar el comercio, dado que este método ofrece más ventajas frente al judicial, rapidez, flexibilidad y ahorro económico²⁸.

Junto a la mediación hemos de hacer referencia al arbitraje, que, como la mediación, se ha erigido en España sobre la base del respeto y la especial consideración a la voluntad negociar de las partes. Los autores²⁹ encuentran antecedentes de este principio con Las Partidas, en las que el rey Alfonso X el Sabio intentó unificar las leyes aplicables en los territorios de los reinos de Castilla y León, con vocación de universalidad, no solo territorialmente sino también utilizando la lengua castellana para volcar las leyes del Derecho Romano (entre las que destaca la del Digesto [D.4,8,27,2; D.4,8,32,14] que no concedía apelación contra el laudo).

Pasando al actual derecho comunitario, constatamos la preocupación de la Unión Europea sobre aquellos problemas que en la Antigua Roma preocupaba a sus ciudadanos, esto es, la excesiva litigiosidad y las consecuencias de la misma en la paz social. Ya el Tratado de Lisboa, en su artículo 65.2.g)³⁰ señala que «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios» es un objetivo de la cooperación judicial en materia civil, y ello por su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. En el concreto ámbito de los servicios financieros, la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de junio de 2008, sobre el Libro Verde de los servicios financieros al por menor en el mercado único, destacó la importancia de promover el acceso de los consumidores a los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios financieros.

²⁸ BLANCO GARCÍA, A. I., *El ombudsman y su incorporación a los litigios bancarios en Suiza*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 130/2013, parte Crónica, Editorial Aranzadi, 2013.

²⁹ GARCÍA PAREDES, A., *Arbitraje y confianza*. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial n.º 45, año 2010, p. 4.

³⁰ Este artículo pasó a ser el número 81 en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Consecuencia de esta preocupación tenemos la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Éste último se aplica a la resolución extrajudicial de litigios derivados de contratos de compraventa o prestación de servicios celebrados a través de internet entre un consumidor y un comerciante, ambos establecidos en el territorio de la Unión. El modo en que esta mediación tiene lugar es a través de entidades de resolución de litigios en línea.

En cuanto al mercado inmobiliario, hemos de resaltar la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de créditos celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo artículo 39 obliga a los Estados miembros a «velar por el establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de los litigios de los consumidores con prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con contratos de créditos.»³¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en distintos pronunciamientos, ha considerado que no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición a través del derecho nacional, de sistemas de resolución alternativa de conflictos como requisito de admisibilidad de ciertas acciones ante los Tribunales³².

Para concluir haremos una breve referencia a la figura del *Ombudsman*, conocido en español como Defensor del Pueblo. Su origen se remonta al siglo XIX cuando la Constitución Sueca buscó una manera de dar respuesta inmediata a los ciudadanos ante abusos de difícil solución a través de la vía judicial³³, es decir un defensor del ciudadano supervisado por la Administración. Los resultados beneficiosos de esta figura hicieron que se implantara en otros países europeos, como Finlandia, Dinamarca, la República Federal Alemana, Noruega, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Suiza y España.

Tras la evolución desde su origen, el *Ombudsman* comprende en la actualidad, el ámbito público, como el ámbito privado, por ejemplo las oficinas de

³¹ El contenido de este artículo es una llamada a los Estados miembros para que fomenten los sistemas de resolución alternativa de conflictos establecidos en la Directiva 2013/11/UE, anteriormente mencionada.

³² STJUE, Sala 4.ª, de 18 de marzo de 2010, caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia C-317/08 entre otros.

³³ KUCSKO-STADLMAYER, G., *European Ombudsman-institutions: a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Vienna, 2008.

reclamaciones de empresas. Sus rasgos esenciales siguen siendo la independencia, integridad, honorabilidad, imparcialidad y exclusividad.

El *Swiss banking ombudsman* ha despertado especial interés en la doctrina³⁴ por cuanto funciona como mediador independiente para conocer de cualquier reclamación relativa a la pérdida sufrida por un cliente de un banco perteneciente a la Asociación de banqueros suizos. Está formado por un equipo multilingüe de abogados, economistas y expertos en banca, siendo sus servicios gratuitos para el consumidor, pues están financiados por la Fundación del *Ombudsman* Bancario.

V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección de los derechos de los consumidores, muy olvidados, sobre todo en el ámbito bancario, ha supuesto uno de los mayores cambios en nuestro derecho civil. Las renovadoras Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, han provocado un cambio radical en la perspectiva de las relaciones comerciales entre consumidor y empresario, acompañado de unos cambios legales que muy pocos pensaron que podrían llegar a producirse. La normativa procesal ofrece ahora un panorama bien distinto del que tenía hace diez años, reforzando con preceptos expresos, la protección del consumidor en la ejecución hipotecaria, ejecución de títulos no judiciales (generalmente pólizas de préstamo), procedimientos monitorios y procedimientos declarativos.

De una situación en la que el empresario, (generalmente la entidad bancaria), tenía la posición fuerte en la relación contractual, de manera que redactaba las condiciones de acuerdo a sus necesidades, y dejaba al consumidor en una situación de «o lo tomas o lo dejas»; hemos pasado a una situación más cercana al equilibrio en la capacidad de negociación de ambas partes, gracias a la jurisprudencia comunitaria, y los cambios legislativos antedichos.

La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 sobre control de cláusulas abusivas en procedimientos monitorios e integración de las cláusulas declaradas nulas en el contrato; la STJUE de 14 de marzo de 2013 sobre la alegación de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria y la imposibilidad de suspender cautelarmente un proceso hipotecario por tal motivo; la Sentencia del Tri-

³⁴ BLANCO GARCÍA, A. I., *El ombudsman y su incorporación a los litigios bancarios en Suiza*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 130/2013, parte Crónica. Editorial Aranzadi, 2013.

bunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, 23 de diciembre de 2015 sobre gastos derivados de la constitución de una hipoteca, la de 7 de septiembre de 2015 sobre intereses moratorios en operaciones de crédito entre consumidor y empresario, entre muchísimas otras³⁵, dieron un giro de 180 grados a la protección del consumidor que ha culminado con la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Los Principios Generales establecidos en las Directivas de ámbito contractual³⁶, de buena fe, confianza legítima y justo equilibrio carecen de una definición específica por parte del legislador comunitario. No obstante, las Directivas permiten fijar el contenido de la norma, por lo que cada ordenamiento puede adaptar su propio concepto jurídico, que, en el caso español está relacionado con la moralidad, la equidad, y todas las conductas que ha de ser observadas por toda conciencia sana y honrada, como se establecía en el Derecho romano³⁷.

La Ley 1/2013 de 14 de mayo, llamada Antidesahucios, y su posterior reforma operada por la Ley 8/2013 de 26 de junio, expresamente dispone en su Preámbulo:

«En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993».

[...]

³⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2016 y Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 sobre avalistas ajenos a la actividad de una sociedad, en el supuesto de que avalen con su patrimonio una operación de préstamo de ésta. STS (Pleno) de 25 de noviembre de 2015 sobre los criterios a tener en cuenta para valorar si un interés remuneratorio (no moratorio) de una operación de crédito es o no abusivo para los consumidores. STJUE de 27 de marzo de 2014 sobre la obligación del Banco de evaluar la solvencia del deudor antes de conceder un préstamo. STS de 5 de abril de 2017 y STJUE de 3 de septiembre de 2015 sobre la relación existente entre la finalidad del préstamo y la condición de consumidor del prestatario.

³⁶ Entre ellas, la tan mencionada Directiva 93/13/CEE de armonización de cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor.

³⁷ SCEVOLA, M., Código civil comentado, Madrid, 1904, Tomo XX, pag. 562 y PARRA RODRÍGUEZ, C., *Los sistemas de uniformización del Derecho europeo en materia de obligaciones y contratos*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial n.º 1 de 2010, p. 27.

«Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993».

La Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en su Exposición de Motivos, punto V, en relación al procedimiento monitorio, que:

«... la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida «que no permite que el juez que conoce de una demanda de proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio, in limine Litis ni en ninguna fase del procedimiento, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste último no hay formulado oposición». Por ésta razón se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permita al juez, previamente a que el secretario acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea».

Esta especie de «revolución» en el marco legal y jurisprudencial español, que se ha producido en la última década, no es algo novedoso, sino que trae origen del Derecho Romano, concretamente en los *aediles curules*. Estos *aediles* eran los encargados de controlar los mercados, la especulación, y los pesos y medidas.

Los autores³⁸ han encontrado en el Edicto recogido en D.21.1 una verdadera intención de proteger al consumidor:

«La causa de proponer este edicto es poner coto a las falacias de los vendedores y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieran sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia o por astucia del vendedor».

A través del mismo se obligaba al vendedor a informar al comprador los vicios ocultos y enfermedades de lo que vendía, y al mismo tiempo establecían mecanismos procesales de protección al comprador, con la acción redhibitoria³⁹ y la *quantum minoris*⁴⁰.

Además de las acciones mencionadas, cabía la posibilidad de que, comprador y vendedor evitaran llegar a los tribunales, o pusieran fin a un litigio ya iniciado, a través de la transacción, de la misma manera que hoy en día, a través de los mismos procedimiento e idéntica finalidad, los consumidores pueden acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos especializados, como ya hemos expuesto en el apartado anterior de este artículo.

Hoy en día, ese deber que tenían los vendedores en los mercados romanos, de informar debidamente al comprador acerca de vicios o defectos que pudiera adolecer el bien ofertado, sigue existiendo a nivel comunitario en la Directiva 44/99/CE⁴¹ (entre otros textos) y en nuestra legislación en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

«1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y

³⁸ MONTAÑANA CASANÍ, A., *Régimen jurídico de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa en los Fueros de Valencia*, en A. Murillo (Coord.) *La responsabilidad civil de Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional y VII Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 561-572 y ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson, p. 133.

³⁹ A través de esta acción se pretendía obtener la devolución del precio pagado y la restitución del objeto adquirido.

⁴⁰ Esta acción permitía al comprador obtener una reducción del precio por la existencia de un vicio en el bien comprado, no declarado por el vendedor.

⁴¹ Un interesante análisis de esta Directiva, en relación con la entonces vigente Ley 23/2003 de Garantías en la venta de bienes al consumo, hace la autora MONTAÑANA CASANÍ, A., «Hacia un nuevo contenido de la *actio quanti minoris* en el régimen del incumplimiento contractual del siglo XXI. La acción de rebaja del precio en la ley 23/2003 de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo» en *Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM 11*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, 510-548.

utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II».

Y el artículo 18 del mismo cuerpo legal:

«1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:

- a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.
- b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.
- c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles».

La intención que subyace en la intervención de los ediles era evitar un enriquecimiento injusto, con grave perjuicio para el comprador, de la misma manera que hace el legislador en los distintos textos legales nacionales y comunitarios desgranados en este artículo. Antes con animales y esclavos, y hoy en día con préstamos personales e hipotecarios, la finalidad es la misma, fortalecer los derechos del consumidor, que está en una situación de inferioridad respecto al empresario o vendedor.

**QUÃO ROMANÍSTICOS SÃO OS FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS
DOS DIREITOS PRIVADOS EUROPEUS E IBERO-AMERICANOS?
REFLEXÕES A PROPÓSITO DA TRIPARTIÇÃO GAIANA
ADOPTADA POR PASCOAL DE MELLO FREIRE**

How roman are the roman foundations of european and ibero-american private law? Reflections on gaian tripartition of law adopted by Pascoal de Mello Freire

JORGE SILVA SANTOS
Universidade de Lisboa

Resumo: Tomando por mote a sistematização gaiana adoptada numa obra fundamental da ciência do direito civil da cultura portuguesa –As *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private* de Pascoal de Mello Freire– este artigo tem por finalidade ponderar o sentido e os limites da afirmação de uma continuidade entre Direito Privado Romano e os Direitos Privados Europeus e Ibero-Americanos.

Palavras chave: Direito Privado Romano; Direito Privado Europeu e Ibero-Americano –(des)continuidade–; Digesto.

Abstract: Under the heading of the Gaian systematization adopted in a fundamental work of portuguese civil law culture –Pascoal de Mello Freire's *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private*– this article aims to critically analyze the meaning and the limits of the position which defends a continuity between Roman Private Law and European and Ibero-American Private Law.

Keywords: Roman Private Law; European and Ibero-American Private Law –(dis)continuity–; Digesto.

SUMÁRIO: I.—Continuidade e ruptura na tradição romanista. O caso português. II.—A experiência jurídica romana como imprescindível termo de comparação. III.—O Digesto, não a experiência jurídica romana, como fundamento. IV.—O Digesto como diferença significativa. V.—Conclusão: necessária superação da tese da continuidade.

I. CONTINUIDADE E RUPTURA NA TRADIÇÃO ROMANISTA. O CASO PORTUGUÊS

A obra *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private*, da autoria de Pascoal José de Mello Freire (1738-1798)¹, lente da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, escrita com a finalidade de, observando o disposto nos Estatutos da Universidade², servir de compêndio para os alunos da cadeira de Direito Pátrio, que leciona a partir de 1772, publicada em 1789-94³, tem sido assinalada como momento inaugural da literatura jurídica conducente à moderna ciência do direito civil⁴. Na abertura do Título I do Livro II das *Instituições*, que, na economia expositiva da obra, corresponde ao início do tratamento do Direito Particular – aquele que se opõe ao Direito Público, pode ler-se: «omne jus, quo in Civitate nostra utimur, vel ad personas spectat, vel ad res, vel ad actiones».

Perante tal afirmação, qualquer jurista culto recordar-se-á da célebre tripartição gaiana –*personae, res, actiones*– mimetizada nas instituições de Justiniano. Integrará a obra, conseqüentemente, no seio da tradição romanista. E poderá, sem mais, pressupor que a obra de Mello Freire –que serviu de compêndio de estudo obrigatório nas cadeiras de Direito pátrio e Direito civil em Coimbra, desde 1805 a 1845⁵, representa um momento de continuidade entre

¹ Referências ao Autor e à obra podem ser consultadas na notícia biobibliográfica preparada por HESPANHA A. M., constante de Dauchy, S./Marty, G./Musson, A./Pihlajamäki, H./Wijffels, A. (eds.), *The formation and transmission of western legal culture. 150 books that made the law in the age of printing*, S. Dauchy ed, Switzerland, Springer, 2016, 310-314.

² Uma análise precisa e concisa da prática de ensino resultante dos Estatutos Pombalinos pode ser consultada em MERÊA, M. P., «Lance de olhos sobre o ensino do direito (Cânones e Leis) desde 1772 até 1804», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33, 1957, 187-214, recolhido em *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa, INCM, 2005, 7-31.

³ Ulysipone, Typ. Regalis Academiae scientiarum.

⁴ MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», em *RFDUL*, 29 1988, 179-454 (276-279); MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001, 52-55 (55) e 108-110.

⁵ Data em que foi substituído pelas *Instituições* de Coelho da Rocha, de que se falará infra. Cfr. MERÊA, M. P., «O ensino do direito em Portugal de 1805 a 1836», em *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, I, Lisboa, Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1947, 149-190; recolhido em Id., *Estudos*

a experiência romana e a contemporânea. Poderá pressupor, afinal, tratar-se de mais uma manifestação da dimensão fundamental que a experiência romana tem para a conformação do direito civil na cultura jurídica europeia, na portuguesa em particular.

E poderá fazê-lo, sobretudo, na medida em que a visão comumente apresentada do direito civil português atribui ao direito romano o papel de antecessor directo, fonte quase inesgotável de conceitos e soluções, de uma gramática que se mantém estruturante dos quadros intelectuais sobre os quais foi sendo erguido o corpo normativo e dogmático do Direito civil⁶.

Neste contexto, a leitura da obra de Mello Freire, pode, hoje, inculcar num leitor atento a indelével impressão de uma confirmação. A obra constituirá argumento justificativo de uma visão da história do direito civil que vê na dogmática actual o resultado de uma secular mas contínua depuração, no essencial linear e como que natural, de uma tradição jurídica, a romanista. Um episódio fulcral a que se somariam, no tríptico essencial da história do direito civil português contemporâneo, os magistérios de dois outros não menos célebres Professores de Direito Civil em Coimbra: Coelho da Rocha (1793-1850)⁷, autor de umas *Instituições de Direito Civil Portugêses*⁸ – e Guilherme Alves

de história do ensino jurídico em Portugal (1772-1902), Lisboa, INCM, 2005, 34-83, de que se cita. Cfr. aqui, para o que é dito no texto, p. 64.

⁶ Ver, a título meramente ilustrativo, VAZ SERRA, «Culpa do Devedor», em 68, 1957, 13-151, 15; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1953, 13-15; CABRAL DE MONCADA *Lições de Direito Civil (Parte Geral) I*, Coimbra, Almedina, 1932, 5; RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das obrigações ou 10 anos de regência da disciplina. Relatório apresentado para obtenção do título de agregado em direito na Faculdade de Economia da Universidade do Porto*, Porto, 1991, 21; MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria geral do direito civil. Relatório» cit., 201, *Tratado de Direito Civil I, Parte Geral. Tomo I*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, 117 ss; ID., *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações: Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática geral*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, 35 ss.; MENEZES LEITÃO, L., *O ensino do Direito das Obrigações*, 10-11; ID., *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, I., 6.^a ed., 18; ID., *Direitos Reais*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, 13; CAPELO DE SOUSA, R.: *Teoria geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 143, n. 335; ALBERTO VIEIRA, J., *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 74; BONIFACIO RAMOS, J., *Direitos Reais. Relatório*, Lisboa, AAFDL, 2013, 17.

⁷ Elementos para traçar o perfil de Coelho da Rocha podem ser recolhidos em «Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha. Discursos proferidos pelo Dr. Henrique de Brito Câmara e pelos Profs. Drs. Manuel Augusto Domingues de Andrade e Guilherme Braga da Cruz, 26, 1950, p. 275-301.

⁸ *Instituições do Direito Civil Portugêses*, I, 1.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844. Cfr. HESPANHA, A. H., «Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas», em HESPANHA, A. M., *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978, 70-149, REIS MARQUES, M., *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra, suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, 185-187; MENEZES CORDEIRO, A. «Teoria geral do direito civil. Relatório» cit., 284-289. Para as fontes utilizadas por Coelho da Rocha ver GAUTIER LUSO SOARES, F. J., *As instituições de Coelho da Rocha. Contributo para a formação do direito civil português moderno: alguns aspectos*, Lisboa, 1997, tese de

Moreira (1861-1922)⁹, igualmente Autor de umas *Instituições de Direito Civil Português*, de 1907¹⁰.

A Coelho da Rocha atribui-se, por força da superação das Instituições de Mello Freire e da adopção do modelo expositivo proposto por Ferdinand Mackeldey¹¹, a recepção da sistematização e dos conceitos estruturantes resultantes dos tratadistas de direito natural e civil do final de setecentos, início de oitocentos e da primeira pandectística através da qual deu luz ao mais conseguido modelo expositivo do direito civil português anterior à feitura do primeiro Código Civil português, de 1867, também conhecido por Código de Seabra¹².

mestrado em Ciências Histórico-Jurídicas apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 84, e, desenvolvidamente e em confronto com outras obras da época, HESPANHA, A.M., «Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX: Um ensaio de análise de conteúdo», em *Quaderni Fiorentini* 39, 2010, 109-151 (135-145).

⁹ Elementos biográficos e académicos podem ser consultados em BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1975, 431 e ss., nn. 1051, 1052, 1055-1060 e ARAÚJO, A., «Moreira, Guilherme Alves (1861-1922)», em Maria Fernanda ROLLO, *Dicionário de história da I República e do republicanismo*, II, Lisboa, Assembleia da República, 2014, 1049-1050.

¹⁰ *Instituições do Direito Civil Português, I. Parte Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907. Ver MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», *RFDUL* 29 1988, 179-454, 309. Em 1911, MOREIRA, G., faz publicar *Instituições do direito civil português, II. Das obrigações*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911. Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001, 108-110. Trata-se de uma obra com «pré-edição», sem referência à autoria, com data provável de 1903 (cfr. MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit., 307, MOTA PINTO, P., *Declaração tácita*, cit., 11, n. 21; MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações*, cit., 107-108, n. 437; VIEIRA, J.A., *Direitos Reais. Perspectiva histórica do seu ensino em Portugal*, Lisboa, 2008; ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2009, 164-166), por sua vez assente em lições de 1899-1900 (É o juízo de MERÊA, M. P., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.º período: 1865-1902)», em *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95, recolhido em *Estudos de História do Ensino* cit., 177-337, 247, n. 489, segundo o qual «grande parte das referidas lições foi utilizada, com modificações e desenvolvimentos, no vol I das *Instituições de Direito Civil*». Retoma a ideia ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2007, 165).

¹¹ O próprio COELHO DA ROCHA, na prefacção das suas *Instituições* (pp. I-VII, em especial na V) identifica a importância da obra de MACKELDEY, na tradução francesa, *Manuel de Droit Romain contenant la théorie des institutes*, de 1837. Sobre o tema pode consultar-se MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório» cit., 284-289; SINDE MONTEIRO, J., «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», em *RLJ* 132 (1999/2000), 34-41 e 69-73 = «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», em *BFD* 75 (2003), 182-207 (versão em alemão em ERIC JAYME/HEINNZ-PETER MANSEL (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* (Symposium in Heidelberg, 29.-30.11.1996), Nomos, Baden-Baden, 1997, 29-49.

¹² GALVÃO TELLES, I., «Coelho da Rocha e o Código civil napoleónico», em *Lusiada. Direito. Lisboa* 3 2005 245-248, afirma-se convencido de ter sido o estado debilitado de saúde em que se encontrava Coelho da Rocha o motivo de não ter sido este o escolhido para a empresa codificadora. De forma menos explícita, tal hipótese surge também em DE ANDRADE, M., «Em memória do Visconde de

Por fim, em Guilherme Moreira, já apelidado de «patriarca da moderna civilística portuguesa»¹³, elogia-se a adopção do sistema das pandectas tardo-oitocentistas assente na teoria geral da relação jurídica¹⁴, sucessivamente introduzida nos planos de estudo¹⁵, concretizada no en-

Seabra», cit., 283. Também REIS MARQUES, M., *O liberalismo e a codificação*, 188, n. 490 afirma serem estes «os dois homens que na segunda metade do século XIX estavam em condições de fazer um código civil».

¹³ A expressão é de ALMEIDA COSTA, M.J., *História do Direito Português*, 4.ª ed. revista e actualizada com a colaboração de FIGUEIREDO MARCOS, R. M., 2009, 65. Surgia já na edição anterior, de 1999 (p. 57).

¹⁴ MARNOCO E SOUSA, J., e ALBERTO DOS REIS, J., *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, Coimbra, França Amado Editor, 1907, 67-70; ALBERTO DOS REIS, J., «Palavras do dr. José Alberto dos Reis, como director da faculdade», em *BFD* 7, 1921-23, 277-281; «Palavras do dr. João Tello de Magalhaes Collaço, como representante da Faculdade de Direito de Lisboa», em *BFD* 7, 1921-23, 281-286; «Palavras do dr. Fernando Emidio da Silva, como colega e antigo discípulo», em *BFD* 7, 1921-23, 287-289; ALBERTO DOS REIS, J.A., «Dr. Guilherme Alves Moreira», *RLJ* 2198, 55, 2 de setembro de 1922, 129; BELEZA DOS SANTOS, J., «O Professor Guilherme Moreira», em *BFD* 11, 1929, 422-428; CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, Coimbra, Atlântida, 1932, 127; Id., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1954, 140; PAES DA SILVA VAZ SERRA, A., «Discurso proferido pelo Doutor Adriano Paes da Silva Vaz Serra», em *BFD* 37, 1961, 188-198; ANTUNES VARELA, J., «Discurso proferido pelo Ministro da Justiça, Doutor João de Matos Antunes Varela», em *BFD* 37, 1961, 199-204; MANUEL PAULO MERÊA, «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.º período: 1865-1902)», em *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95 = «Esboço de uma história da Faculdade de Direito...», cit., 234-235; CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais* XVI, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268, 253-256 e *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, 2.ª ed., Coimbra, Centelha, 1981, 78-79; BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, Coimbra, Coimbra Editora, 1975, 431-437, 882; SAMPAIO E MELLO, G., *Apontamentos para a história do ensino do direito romano em Portugal de 1895 aos nossos dias*, Lisboa, FDL, Relatório de mestrado em direito romano, 1985, 55-62 e *Apontamentos para a história do ensino do direito romano em Portugal. I, 1895-1910*, Lisboa, sem editor, 1991, com 2.ª edição em 1997, 102-111; ARAÚJO, F., *O ensino da história do direito na Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra (1910-1931)*, Lisboa, FDL (relatório de mestrado), 1986, 6; VERA-CRUZ PINTO, E., *A história do ensino da história do direito na Faculdade de Direito de Coimbra (1836-1901)*, Lisboa, FDL (relatório de mestrado), 1986, 212; MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria geral do direito civil. Relatório», cit., 305 e ss., *Tratado de Direito Civil, I*, cit., 173 e 236-237; Id., *Tratado de Direito Civil VIII, Direito das Obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil*, 2.ª reimpressão da 1.ª edição do tomo III da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2012, 361; *Tratado de Direito Civil VI* cit., 186-188; RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das obrigações* cit., 37-40; HÖRSTER, E., *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, 138; FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Coimbra, Almedina, 1992, 22, n. 74; CARVALHO FERNANDES, L., *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, Quid Juris, 1993, 147-148; MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, 11-12 (ver o que escreve nas notas 20 e 21) e *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 226-227; MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações*, cit., 107-109; VIEIRA, J., *Direitos Reais. Perspectiva histórica do seu ensino*, cit., 50-52; ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, cit., 154-155.

¹⁵ Reformas de 1913 (decreto n.º 118, de 4 de setembro), 1923 (decreto n.º 8578, de 8 de janeiro), 1928 (decreto n.º 16044, de 16 de outubro) e 1945 (decreto n.º 34850, de 21 de agosto) reordenando o ensino do direito civil em função da teoria geral e das quatro partes especiais. Ver, em síntese, MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit., 317.

sino¹⁶, adoptada na Comissão revisora¹⁷ e consagrada no Código Civil de 1966¹⁸.

A obra destes autores constitui, assim, elemento axial da afirmação de uma continuidade entre o direito romano justinianeu e o direito civil actual. O argumento que aqui se defende é no entanto outro. A obra de Mello Freire pode antes ser configurada como um episódio bem ilustrativo das rupturas e contradições que marcam a utilização secular de um único texto, a compilação justinianeia. Utilização plural e polifónica, dificilmente reconduzida a leituras que se tornem dominantes, e em que apenas a passagem do tempo fez esquecer as múltiplas vozes singulares coevas das que *não foram esquecidas*.

Um exemplo, afinal, de que a afirmação da existência e relevância de fundamentos romanísticos nos direitos privados europeus e da América Latina comporta elevados riscos se associada a leituras lineares da tradição romanista como a uma a-histórica apologia de um monocórdico direito comum europeu, riscos inerentes a diversas propostas programáticas antes e depois da segunda guerra mundial.

Recorde-se, ainda nos anos 30, a proposta de Paul Koschaker¹⁹, particularmente influente na configuração do ensino de Direito Romano protagonizado em

¹⁶ O processo pode ser acompanhado em MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit. Ver tb. CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais* XVI, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268, 253-256, muito crítico relativamente ao significado ideológico de tal consagração. Após a morte de Moreira, o modelo foi consagrado por CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, I, Coimbra, Atlântida, 1932, 229 e ss.; PINTO COELHO, L., *Direito civil. Teoria Geral da Relação Jurídica. Apontamentos das lições dadas ao 2.º ano jurídico 1953/1954, coligidos por José Dias Bravo*, Lisboa, AAFDL, 1953, 26 e ss, afastando a orientação de José TAVARES e acolhendo a de CABRAL DE MONCADA; DIAS MARQUES, J., *Teoria geral do direito civil. Lições ao curso de 1956-57 da Faculdade de Direito de Lisboa*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1958, 21-28.

¹⁷ Decreto n.º 33908, de 4 de setembro. As linhas de força da revisão podem ser acompanhadas num escrito do seu mentor, VAZ SERRA, A., «A revisão geral do Código Civil. Alguns factos e comentários», em *BMJ* 2, 1947, 24-76, 32, 34 e 39.

¹⁸ Como refere MENEZES CORDEIRO, A., «Evolução juscientífica e direitos reais», *ROA* 1985 1, 71-112, 77, «o sentido profundo da codificação realizada visou consagrar na lei a recepção, operada pela doutrina portuguesa desde MOREIRA, do pensamento jurídico da pandectística, consagrado no Código Civil alemão de 1896». Veja-se tb. ANTUNES VARELA, J., «Código Civil», em *Pólis* 1, 1983, 929-944, 931 ss. e GUICHARD, R., «A elaboração do Código Civil de 1966. Sua génese, sistematização e técnica legislativa, em especial, a adoção de uma parte geral» em VAZ DE SEQUEIRA, E., e OLIVEIRA E SÁ, F., (coord.), *Edição comemorativa do centenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, 69-110.

¹⁹ Para uma análise pormenorizada do conteúdo e das circunstâncias do programa metodológico do Autor ver, desenvolvidamente, com múltiplas referências, BEGGIO, T., *Paul Koschaker (1879-1951). Re-discovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2018.

Coimbra por Cabral de Moncada²⁰, e em Lisboa por Inocêncio Galvão Telles²¹ - e, já no segundo pós-guerra, a fundação do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* e a orientação aí assumida sob direcção de Helmut Coing, conferindo um rumo às linhas de investigação aí prosseguidas e influenciando gerações de jurishistoriadores, nomeadamente no que respeita à possibilidade de um direito privado europeu poder constituir o objecto da historiografia jurídica²².

²⁰ Veja-se os artigos «A actual crise do romanismo na Europa», em *BFD* 16, 1939-40, 246-253 e 551-565; e, repetindo o título, «A actual crise do romanismo na Europa», agora em *BFD* 19, 1943, 456-477, nos quais acompanhava as orientações propostas e praticadas por KOSCHAKER. Em *Elementos de história do direito romano, II, Parte geral. Teoria da relação jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1923-1924, 12-13, Moncada afirmara já que «noções e conceitos fundamentais como direito objectivo e subjectivo, sujeito de direito ou pessoa, relação jurídica, acto jurídico, direito real, propriedade, etc. eram para os romanos – ainda mesmo para os clássicos – noções e conceitos que se pressupunham no estudo de toda a jurisprudência». Para o Autor, «semelhantes quadros e como que categorias do pensamento jurídico, fóra dos quais nós não sabemos raciocinar sobre o direito [...] com certeza se impunham já aos romanos e talvez com a mesma lógica impreteribilidade com que a nós se nos impõem». Como se percebe, a leitura do Autor confere ao direito romano a função de gramática e vocabulário do direito civil ahistoricamente configurado. Atribui à experiência jurídica romana, nomeadamente à que tem sido apertada sobre as vestes de clássica, função prescritiva. Entrevê-se, na posição assim assumida, o criptojusnaturalismo de que fala CUENA BOY, «Derecho romano y dogmática», *CIAN. Revista de historia de las universidades* 9 (2006) 319-342, 325-326.

²¹ Sobre este aspecto particular do ensino de GALVÃO TELLES pode consultar-se VERA-CRUZ PINTO, E., «Crise da «Crise de estudos de direito romano»? As causas da crise do estudo do direito romano segundo Inocêncio Galvão Teles e a sua crítica actual», Coimbra, Almedina, 2002, 991-1045.

²² Ver DUVE, T., «Geman Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives», em *RG* 22 2014, 16-48 e «European Legal History – Concepts, Methods, Challenges», em DUVE, T., (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, 29-66, 38-41. Saliendo a mensagem unitarista relativa à formação de um direito privado europeu na obra de Coing, BIROCHI, I., «Presentazione», em CARONI, P., *La solitudine de lo storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, trad. do original alemão *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers*, 2005, 1-39, 3, n. 4. Sobre os projectos político ideológicos de fundar uma história do direito privado europeu, um novo *ius commune*, ver tb. STOLLEIS, M., «Escribir historia del Derecho: reconstrucción, narración o ficción?», cit. 6. em Id., *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009, trad. do original alemão por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, p. 6. Vale a pena recordar o regresso ao velho *ius commune* proposto no encontro de 1952, em Florença, da *Société internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA)*, descrito por CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, 13 e ss.. Um novo futuro afirmava-se através da recuperação de um novo passado. Sobre o contexto da construção de um direito privado europeu, iniciada num momento em que todos os estados-membros integrantes das comunidades europeia eram vistos como detentores de uma herança romanista alegadamente comum mas envolvendo, a meio do processo, duas jurisdições de common law, referindo as dificuldades, porventura intransponíveis, de uma efectiva harmonização, LEGRAND, P., «European Legal Systems are not converging», *The International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1, 1996, 52-81. Também MOURA VICENTE, D., *O direito comparado após a reforma de Bolonha. Relatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, chama a atenção para a necessidade, imperiosa, de não instrumentalizar o estudo comparativo das ordens jurídicas aos interesses político-económicos da harmonização jurídica: «A instrumentalização do Direito Comparado à unificação de Direitos, *maxime* por via da referida «presunção de semelhança», apresenta, aliás, outro inconveniente de tomo: sobrevalorizando o que há de comum entre os sistemas jurídicos e minimizando as razões profundas das diferenças entre estes, sacrifica a análise objectiva da realidade a um ideal político. Nessa medida, desvia a disciplina de uma das suas funções principais, que consiste em observar, analisar e dar a conhecer as diferentes possibilidades de solução jurídica dos mesmos problemas sociais». Para o autor, «a comparação de Direitos [...] não pode orientar-se apenas para a determinação das

II. A EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA COMO IMPRESCINDÍVEL TERMO DE COMPARAÇÃO

Ora, se a questão não é ignorada da generalidade dos romanistas contemporâneos, que não deixam de sublinhar, nos exercícios historiográfico-comparativos que promovem, constituir o direito justinianeu a raiz e o termo comparativo de qualquer romanidade do direito actual, tem sido manifestamente negligenciada por aqueles civilistas que insistem numa identificação do direito romano com aquilo que do direito romano justinianeu foi sendo dito. Confundindo, afinal, na afirmação dos fundamentos romanísticos do direito civil contemporâneo, Direito Romano com Direito Romano Actual. Ignorando, assim, o que se tem afirmado como matriz comum da romanística praticada desde os anos 60: a historicização do direito romano como única forma de aceder ao que é próprio da experiência romana²³.

Compreender o sentido e os limites da afirmação da existência e relevância de fundamentos romanísticos na civilística contemporânea, implica, assim tomar por referência enquanto termo de comparação, a experiência jurídica romana²⁴, tal qual esta tem vindo a ser caracterizada, nos últimos 50 anos,

soluções comuns aos Direitos nacionais (ou as melhores soluções, quando estes diverjam entre si), antes deve buscar também o apuramento dos limites a que se subordinam tanto a harmonização como a unificação desses Direitos», não podendo a comparação jurídica «como objectivo principal legitimar a integração normativa como resposta necessária à diversidade dos sistemas nacionais, antes deve privilegiar uma perspectiva crítica dela, avaliar a sua necessidade, confrontar os seus resultados e determinar os critérios que permitem alcançar uma integração bem sucedida».

²³ Para esse efeito é necessário, como afirma FIORI, R., «Storicità del diritto e problemi di método. L'esempio della buona fede oggettiva, em L. GAROFALO (ed.), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*. Napoli, Jovene, 2007, 25-49 (25-26), «che la riflessione sul nostro ruolo e sui nostri obiettivi debba passare preliminarmente attraverso una verifica dei metodi tradizionali di ricerca. In particolare, riterrei che – parlo naturalmente da romanista – dopo l'esegesi interpolazionistica, il recupero 'umanistico' del ruolo delle personalità dei giuristi, la ricostruzione del dialogo tra le forme giuridiche e le strutture economiche, sociali e culturali, si debba compiere un passo avanti verso un approccio ancora più storicistico dell'analisi, che collochiamo all'interno della ricerca storica le stesse categorie dogmatiche dell'interprete. Credo in altri termini che, partendo dalla consapevolezza della storicità del fenomeno giuridico, lo storico del diritto debba interrogarsi in primo luogo sul rapporto tra l'oggetto del proprio studio e lo strumentario utilizzato, che è nella maggioranza dei casi il bagaglio del giurista moderno, e che spesso viene in consapevolmente e anacronicamente impiegato per ricostruire l'esperienza del passato». O Autor sublinha tratar-se de uma orientação pouco inovadora, devedora das propostas de Orestano.

²⁴ Adopta-se aqui, seguindo o magistério de Ruy DE ALBUQUERQUE – cfr. *As represálias. Estudo de história do direito português (sécs. XV e XVI)*, Lisboa, 1972 e «História do direito português. Relatório», em RFDUL 26, 1985 105-256 – a categoria *experiência jurídica*, por aquele colhida nos estudos programáticos de ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967 e *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, a que se pode acrescentar, por exemplo, «Il diritto romano nella scienza del diritto» e «Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista», republicados em Id., *Diritto, incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 67-114 e 487-562, respectivamente, no segundo dos quais ORESTANO relata a *experiência jurídica* (a expressão é do Autor) por si vivenciada, aí referindo a influência de CAPOGRASSI, contemporânea da preparação do trabalho de fundo *Il*

muito por força da produção romanística italiana²⁵, particularmente atenta ao efeito que diferentes métodos historiográficos adoptados na leitura das fontes têm nos resultados obtidos²⁶.

Com efeito, não pode hoje constituir parâmetro valorativo aquilo que na cultura jurídica alemã oitocentista emergiu como resultado, de resto plural e diversificado, da «actualização» do direito romano²⁷.

Importa, por isso, recuperar o *direito romano dos romanos*²⁸ como termo da comparação. O que implica, como tem sido proposto, tomá-lo como um *ius controversum*²⁹ casuístico-prudencialmente orientado³⁰, e, nessa medida, con-

problema della scienza del diritto (sobre o qual ver, entre nós, CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto-Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra, Almedina, 1967, 919-921, n. 93 iniciada na p. 908). Trata-se de uma categoria historiográfica consagrada na romanística contemporânea. Ver BREONE, *Il diritto a Roma*, em BREONE, M./TALAMANCA, M., *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Laterza, 1981, 91-177, 91-110.

²⁵ Aldo SCHIAVONE, em recensão a R. BONINI, *I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, publicada nos *QF* 3/4, 1974/75, II, 650-654, 651, salientava a fase de ebulição em que a romanística italiana se encontrava, muito por força da reconsideração crítica dos métodos antes utilizados na estudo da experiência jurídica romana. Para uma história dos múltiplos percursos protagonizados no seio da romanística italiana desde o final de oitocentos ver, em BIROCCHI, I., e BRUTTI, M. (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016, os estudos de Emanuele STOLFI («Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'ottocento alla prima guerra mondiale», 3-42), Gianni SANTUCCI, (««Decifrando scritti che non hanno nessun potere»». La crisi della romanistica fra le due guerre», 63-102), Antonello CALORE («La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogmatica», 103-135. Para um panorama atualizado das tendências seguidas na romanística contemporânea, ver, em registo auto-imológico, os vários contributos constantes de Letizia VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC* (Roma 10-11 ottobre 2014), Napoli, Jovene, 2017, sendo conveniente, para o caso espanhol, como ressalva CHRISTIAN BALDUS, em *Interpretatio Prudentium* I, 2016, 2, procurar outras leituras. Veja-se a síntese recente proposta por PARICIO, J., *Un siglo de romanística complutense*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

²⁶ Veja-se o que escreve CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, 57, a propósito da reconfiguração de uma categoria de *obligatio* na romanística italiana do segundo pós-guerra, também produto de uma reorientação metodológica resultante de «una lettura delle fonti in materia con una sensibilità storica rinnovata, senza eccessivi irrigidimenti concettuali, all'interno di una maggiore consapevolezza della complessità dei dati delle fonti tramandate e della metodologia da applicare», do qual resultou, em larga medida, a superação do «modelo evolucionistico di ricostruzione della nascita dell'obbligazione, caro invece alla scuola storica ed alla fase interpolazionistica dei nostri studi» (Id., cit., 61).

²⁷ Veja-se, em síntese, entre tantos, ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 1987, 464 e ss., (referindo-se, 477, a «deformazioni») e CAPPELLINI, P., «Dal diritto romano al diritto privato moderno», em ALDO SCHIAVONE (ed.), *Diritto privato romano: un profilo storico*, cit., 453-474, 453-455. Recorde-se a alusão, de MARIO BREONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2.^a ed., Bari, Laterza, 2001, 228, a um uso oportunístico do direito romano.

²⁸ A expressão é de ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 469.

²⁹ Cfr. Ver tb. BRUTTI, M., *Il diritto privato dell'antica Roma*, 3.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, 33-42, com uma análise de textos de Cícero, Quintiliano, Aulo Gellio, Pomponius afirmando, em síntese (41, n. 83): «il diritto giurisprudenziale può essere pensato come una complessa trama di *res controversae*». Ver tb., em síntese, PARICIO, J., «Notas sobre el *ius controversum* en la jurisprudencia romana», em *SCDR* 22, 2009, 543-553, e, com múltiplos desenvolvimentos, os trabalhos reunidos em MARROTTA, V. e STOLFI, E., Coord.), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica et età dei Severi*, L'Erma di retschneider, Roma, 2012.

³⁰ A imposição jurisprudencial da experiência jurídica romana e a ineliminável infungibilidade dos juristas que a protagonizaram, lugares comuns hoje inquestionáveis na romanística, constituem o mote do

figurável como um direito de juristas³¹ (mas não como um «*Juristenrecht*», tal como este foi pensado por Savigny³²), singular e infungivelmente protagonizado³³,

projecto *scriptores iuris romani*, promovido por Aldo SCHIAVONE – entretanto posto em marcha num trabalho colectivo de vulto, coordenado por SCHIAVONE, Oliviero DILIBERTO, Andrea DI PORTO, Valerio MAROTTA, Fara NASTI e Emanuele STOLFI. Como se afirma, em síntese de apresentação, «lo scopo che il progetto intende realizzare è creare le basi, testuali e interpretative, per un nuovo approccio a ciò che resta delle opere degli antichi giuristi romani. Ciò che noi proponiamo è un paradigma profondamente rinnovato per valutare la parte più importante del diritto romano: i Digesta di Giustiniano e le altre antologie giuridiche tardo-antiche. Un cambiamento di prospettiva di grande impatto non solo per gli studiosi di antichistica, ma anche per un pubblico più vasto, interessato al diritto o alla storia - un modello storiografico che capovolge le visioni correnti e apre la strada a una comprensione più moderna, utile sia per gli studi giuridici, sia per quelli storici. Non più gli istituti, le regole e i regimi normativi del diritto romano, nella forma falsificante del Codice, ma il concreto pensiero giuridico degli antichi autori, i *iuris prudentes*. Il nostro proposito è quello di concentrare l'attenzione sul loro pensiero, nel contesto al quale esso effettivamente appartene». O desenvolvimento dos trabalhos pode ser acompanhado em AMARELLI, SCHIAVONE, STOLFI, «Corpus scriptorum iuris romani. Nascita di un progetto», em *SDHI* 71, 2005, 4-14; MAROTTA, STOLFI, «L'inizio dei lavori», em *SDHI* 72, 2006, 587-593; GIACHI, GIUNTI, «I lavori di Berkeley» em *SDHI* 73, 2007, 597-602; TAMBURI, «Montepulciano: una settimana di lavori verifiche confronti», em *SDHI* 74, 2008, 923-927. Os primeiros resultados foram já publicados. Recordam-se os quatro volumes da coleção já editados: 1. FERRARY/SCHIAVONE/STOLFI, Aldo SCHIAVONE (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola Opera*, Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 2018; 2. LUCCHETTI/L. DE PETRIS/MATTIOLI/PONTORIERO (a cura di), *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2018; 3. BOTTIGLIERI/MANZO/FARA NASTI/VIARENGO (a cura di), *Antiquissima iuris sapientia. Saec. VI-III a. C.*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019; 4. DURSI (a cura di), *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019; 5. Sobre o volume inaugural da coleção dirigida por Aldo SCHIAVONE, ver a recensão de PARICIO em *SCDR* 31-32, 2018-2019, 539-560. De Javier PARICIO ver tb. «Sobre Paulo y sus *Libri ad edictum*», em *SCDR* 31-32, 2018-2019, 517-536, versão castelhana da apresentação, em italiano, do segundo volume da coleção.

³¹ Ver Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, MILANO, 1967, 1-78, muito influente na conformação dos estudos histórico-jurídicos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e, bem recentemente, ALDO «SCHIAVONE», *Ius. L'Invenzione del Diritto in Occidente*, Nuova Edizione, Torino, Einaudi, 2017, 33-35. Entre nós, torna-se quase desnecessário recordar a oração de sapiência *Diritto de Juristas-Direito de Estado*, proferida por Ruy DE ALBUQUERQUE, cujo texto pode ser consultado em *RFDUL*, 42, 2001, 2, 751-807. Ver tb. VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, I, Lisboa, Principia, 2009, 103 e ss.

³² Salienta este aspecto, LETIZIA VACCA, «questo carattere di 'diritto giurisprudenziale' è inteso oggi in modo profondamente diverso, e soprattutto con finalità diverse, da come è stato fatto all'inizio del secolo scorso dalla Scuola storica tedesca, ed in particolare dal Savigny. Nella concezione del Savigny infatti, lo stesso «Juristenrecht», il diritto cioè che esprime la coscienza e volontà del popolo attraverso i suoi giuristi colti, finisce con l'esprimersi in un sistema organico e dogmatico: la ricerca storica, così come la scienza giuridica, hanno lo scopo fondamentale di porre in luce l'autentico contenuto del diritto oggettivo, e la modernizzazione e attualizzazione dei contenuti così individuati deve essere compiuta dal giurista attraverso la sistematica. In questa prospettiva è chiaro che anche il carattere giurisprudenziale del diritto romano viene ad essere, em un certo modo, appiattito, em quanto non rivissuto nella sua formazione storica e fortemente dinamica, ma ricondotto a sistema unitário». Também Eduardo VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, I, cit., 109, sublinha que a experiência jurídica romana é um direito de juristas e não de professores.

³³ Infungibilidade essa tantas vezes menosprezada, se não mesmo ignorada, e que cumpre recuperar. Afinal, é também esse o papel que é hoje reclamado para a historiografia jurídica, um pouco à imagem do anjo da história imaginado por BENJAMIN, W., *O anjo da história*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2010, tradução de João Barreto cit., 13-14, retomando os que ficaram esquecidos, fazendo-lhes justiça identificando a respectiva singularidade. A recuperação palingenésica dos *scriptores iuris romanis* é assim, fundamental. Alertando para os riscos de uma romanística que, procurando investigar «i giureconsulte, le loro

que se consubstancia, através de um *aktionenrechtliches Denken*³⁴, tanto na orientação do exercício da *iurisdictio*³⁵ como no da prática do *iudicium* e do *arbitrium*³⁶, num contexto em que a conformação político-normativa dos critérios de decisão a tomar dificilmente pode ser configurada como determinante³⁷, e se concebe o *ius*, enquanto prática, como *ars boni et aequi*³⁸. Eis o novo e

opere, le loro 'tecniche', lo loro 'logiche', lo loro 'rationes decidendi'» insista em afirmar «che dei giuristi romani bisogna studiare le relazioni sociali, le opinioni politiche, le amicizie ed inimicizie e finanche», GUARINO, A., *Giusromanistica elementaire*, 2.^a ed., Napoli, Jovene, 2002, 33. Como se percebe, não há, mesmo no seio da história social, ou no da historiografia biográfica, motivo justificativo para uma redução da individualidade dos juristas a uma descrição exaustiva da sua vida enquanto pessoas. Releva, antes, a identificação dos estilos próprios, das idiosincrasias discursivas, das singulares práticas prudenciais infuncionalmente protagonizadas.

³⁴ Ver texto de MICELLI, M., «L' *aktionenrechtliches Denken* dei giuristi romani e le forme dell'appartenenza», em LUIGI GAROFALO (coord.), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, I, Milano, CEDAM, 2011, 99-126 e, sobretudo, as notas introdutórias de PELLOSO, «Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio», em GAROFALO (coord.), *Actio in rem e actio in personam*, cit., 129-332.

³⁵ O direito privado romano como resultado da *interpretatio prudentium* através da qual continuamente se burilava a redacção das fórmulas concedidas pelo pretor é também salientado por BRUTTI, *Il Diritto privato romano*, cit. 36-37. Veja-se também CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Mulino, 2016, 188-196 e ID., *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014, 135 e ss.

³⁶ Ver, sobre a actuação de juizes e árbitros na *ordo iudiciorum privatorum*, PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Editorial Civitas, 1987.

³⁷ Recorde-se, Mario BRETONE, «Il diritto a roma», em BRETONE, M./ TALAMANCA, M., *Il diritto in Grecia e a Roma*, ROMA, LATERZA, 1981, 91-177, 124: «Se non nella lege e nel codice, il connotato più rilivante dl diritto repubblicano e classico è in una trazione giuridica controllata dagli esperti». Como refere BALDUS, C., «El sistema en la construcción de un código civil», em *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, 13, 1027-1038, 1028, «para Roma podemos representarnos las leyes civiles como islas en un mar de reglas formuladas de otras maneras. Los juristas modelaron estas reglas, el *ius*, y las islas de la *lex* emergieron sólo lentamente de ese mar. Y tampoco esta *lex* es nuestra moderna ley sistemática, no es ningún medio universal de conformación social, sino algo esporádico, en primer término un medio de solución de problemas que no podían dominarse de otro modo». A orientação dominante na romanística não parece poder ser posta em causa pela revalorização quantitativa da *lex* na experiência jurídica romana, a que se refere MANTOVANI, «Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi», em FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia, 2012, 707-767, procurando superar a visão de Giovanni ROTONDI, publicitada em *Leges publicae populi romani; elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, (estratto enciclopedia giuridica) Hildesheim, 1966 (1912). Para além das dúvidas suscitadas por SANTUCCI, G., «Legum inopia e diritto privato. Riflessioni intorno ad un recente contributo», em *SDHI* 80 (2014), 373-393, tenha-se presente que, independentemente de ter existido, ao longo das experiências jurídicas romanas, uma efectiva autonomia entre a lei das XII tábuas e a legislação sucessiva, tese de Rotondi, seguindo Bonfante, seguindo Ehrlich, hoje ainda presente em Schiavone, diz-nos Mantovani (758-764) ou, leitura de Kaser e Talamanca, fossem vistas como um conjunto, diacronicamente formado, o jogo das várias características referenciadas conduz ao papel primordial da *interpretatum prudentium*. Sobre a impossibilidade de pensar uma teoria da lei na experiência jurídica romana diacronicamente considerada, para mais se assente nas concepções de lei e função legislativa estruturantes do pensamento jurídico político da modernidade, VERA-CRUZ PINTO, E., «As fontes do Direito Romano (O contributo de Raúl Ventura para o seu ensino na Faculdade de Direito de Lisboa)», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 33-162, 1998 e *Curso de Direito Romano*, I, Lisboa, Principia, 427 e ss.

³⁸ Recorde-se o que escreve GALLO, F., «Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'», em *Teoria e Storia del Diritto Privato VIII* 2015, 1: «La perdita più grave, determinata nella tradizione roma-

recuperado retrato da experiência jurídica romana –em que a *interpretatio prudentium* não pode ser confundida com a oito-novecentista interpretação das leis³⁹– que releva como referente operativo da ponderação a realizar.

É no confronto com esse lugar que nos é irredutivelmente estranho, iniciados no mundo do direito através da mitologia jurídica da modernidade⁴⁰, que se cumpre a tarefa jurishistoriográfica⁴¹. Confronto após o qual será possível equacionar quão romanistas são afinal os chamados fundamentos romanísticos do direito privado contemporâneo. E, reflexamente, se a construção do direito romano actual implicou a assimilação dos traços característicos da cultura jurídica romana, hoje comumente referidos, ou, diversamente, a recepção em que assentou, *rectius*, as múltiplas recepções que possibilitaram a sua *inventio*, consistiu, consistiram, em rupturas significativas. Está em causa ponderar se é possível falar de recepção efectiva do *ius romanum* a propósito do direito romano actual. De continuidade essencial na recepção. Ou, inversamente, se a forma de *ver* o direito, *rectius*, se a forma de *dizer* o direito, *rectius*, se a forma de *inventar* o direito na experiência jurídica romana e a que está subjacente ao direito privado contemporâneo de matriz europeia são estruturalmente diversas.

III. O DIGESTO, NÃO A EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA, COMO FUNDAMENTO

Não se questiona –seria impossível– a influência das fontes jurídicas romanas, *rectius*, das fontes jurídicas romanas *conhecidas*, na cultura jurídica europeia⁴². Tanto no que diz respeito às experiências centro-europeias como

nistica dalla legum permutatio giustiniana, è – credo oggettivamente – quella dell’artificialità del diritto, alla quale atengono i criteri del *bonum et aequum*».

³⁹ Sublinha esta diferenciação STOLFI, E., «Brevi note su *Interpretatio* e *Auctoritas* fra tarda Repubblica ed età dei Severi», em *Interpretatio prudentium* I (2016) 1, 159-179 (161-163).

⁴⁰ Alude-se, como se perceberá, à obra de GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴¹ HALPÉRIN, J., «Quale *scientia juris* per la storia del diritto?», em SORDI, B. (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013, 375-386, 386.

⁴² Como se perceberá, a referência a *uma* cultura jurídica europeia, como, de resto, a *um* direito privado europeu ou a *uma* tradição romanista, implica não apenas uma simplificação, redutora como todas as operações análogas, mas também uma actividade autenticamente constitutiva: é de invenção de um discurso que se trata. Para além das dificuldades inerentes à determinação do que seja a Europa, não apenas como entidade geográfica, mas também cultural e a afirmação da existência de *uma* cultura jurídica europeia enfrenta, na pluralidade e diversidade das múltiplas experiências políticas europeias, obstáculos que julgo intransponíveis. Ver, em síntese, DUARTE NOGUEIRA, J., *História do Direito Europeu. Relatório*, cit., 17-48 e Thomas DUVE, «European Legal History – Concepts, Methods, Challenges», em Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for

no caso, plural e diversificado, das experiências peninsulares, e nestas, da portuguesa em particular, pode, sem favor, afirmar-se a presença relevante das fontes justinianeias até ao movimento da codificação⁴³.

No caso português, a relevância dos textos jurídicos romanos pode ser tida por fundamental em vários dos momentos que têm sido considerados determinantes da conformação da experiência jurídica. Desde logo, no contexto dos «quadros jurídicos anteriores à independência»⁴⁴, a propósito do qual se discute a relevância e eventual preponderância de cada um dos tradicionalmente chamados elementos formativos⁴⁵ do direito português tardo-medieval –o romano ou o germânico⁴⁶– julga-se dever ser mantida a leitura de Manuel Paulo Merêa⁴⁷: ainda que se rejeite, como fizeram os germanistas, que a experiência medieval tenha constituído «un período de pasaje a través del cuál el

European Legal History, 2014, 29-66, 32-38. Na leitura da literatura historiográfica referida na nota seguinte, não devem ser esquecidos muitos dos tópicos referidos no texto de DUVE, não apenas o do inevitável condicionamento epistemológico dos autores.

⁴³ Ver, entre tantos, KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, trad. do original alemão *Europa und das römische Recht* por José Santa Cruz Teijeiro; WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, 2.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, trad. do original alemão intitulado *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, por António Manuel Hespanha; WESENER, G., e WESENER, G., *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Lex Nova, 1998, trad. castelhana de *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4.ª ed., Böhlau, Wien-Köln-Graz, 1985, por José Javier de los Mozos Touya; ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987; GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995; STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; ZIMMERMAN, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, New York, Oxford University Press, 2001; REIS MARQUES, M., *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003; HESAPANHA, A., *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012. O modo como esta influência se repercutiu na construção, plural e diversificada, de soluções em matéria de direito privado pode ser acompanhada em HELMUT COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, trad. do original alemão por Antonio Pérez Martín, em dois volumes (I, *Derecho común más antiguo 1500-1800*; II, *El siglo XIX*).

⁴⁴ A expressão é de DUARTE NOGUEIRA, J., «Antecedentes do direito português. Um ensaio de sistematização», em *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 737-760, 738.

⁴⁵ Uma análise da expressão em VERA-CRUZ PINTO, E., *As origens do Direito português. A tese germanista de Teófilo Braga*, Lisboa, AAFDL, 1996, 339-342. Recorde-se, com GARCIA-GALLO, A., «La historiografía jurídica contemporánea (observaciones en torno a la «Deutsche Rechtsgeschichte» de Plautz)», in AHDE XXIV, 1954, 605-634, 606-607, as insuficiências historiográficas de referências a cada um dos elementos tomados como realidades normativas uniformes. Percebe-se assim a importância de se falar de elementos germânicos, de elementos romanos e não apenas de um elemento germânico ou de um elemento românico.

⁴⁶ Cujá denominação talvez deva ser reponderada, como sugere DUARTE NOGUEIRA, «Antecedentes do direito português. Um ensaio de sistematização», cit., 751-753, propondo a formulação *direito ultrarromânico alto medieval*.

⁴⁷ Ver MERÊA, P., «Prefácio», em *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1952, VIII, n. 4. e, desenvolvidamente, no seu «A tradição romana no nosso direito medieval», em BFD 58, 1982, 1, 41-68, publicado postumamente.

esplêndido tesoro del derecho romano había llegado al mundo moderno», tese da vertente romanista da chamada escola histórica⁴⁸, pode ser tida por determinante a tradição romanista enquanto elemento formativo do que veio a ser o direito português, alcançada que foi a sua autonomização.

De igual modo, ter-se-á de afirmar a importância, no mínimo co-determinante, de textos jurídicos romano-justinianeus na preparação do corpo normativo habitualmente associado à Cúria de 1211, primeiro episódio de uma estruturada produção legislativa⁴⁹ na nova comunidade política⁵⁰. E serão ainda esses textos, porque conhecidos, influentes e aplicados –em singelo ou, de forma crescente, entretrecidos com a produção literária dos jurisperitos tardo-medievais⁵¹ e enquanto *ratio scripta*⁵², – com maior intensidade desde o reinado de Afonso III⁵³, a emergir, ao longo de um «processo protraído no tempo»⁵⁴ a que se tem convencido chamar *recepção do ius commune* em Portugal⁵⁵, como condição de possibilidade de produção e afirmação de um *ius proprium* português, consolidado nas sucessivas Ordenações⁵⁶.

⁴⁸ Ver CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, 22-24.

⁴⁹ As dificuldades da utilização do conceito moderno de lei para a escrita da história do direito medieval são ilustradas por DUARTE NOGUEIRA, J., *Lei e poder régio. I. As leis de Afonso II*, Lisboa, AAFDL, 2006, 144 e ss.

⁵⁰ DUARTE NOGUEIRA, J., *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média – Dos Primórdios ao Século da Universidade (Contribuição para o seu Estudo)*, Lisboa, 1994, 295; e *Lei e poder régio. As leis de Afonso II*, Lisboa, AAFDL, 2006; ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., «Sobre a Lei da Cúria de 1211 respeitante às relações entre as Leis do Reino e o Direito Canónico», em *Revista Jurídica* 1, 1979, 13-19; «Ainda sobre a lei da Cúria de 1211, respeitante às relações entre as leis do Reino e o direito canónico», em *Direito e Justiça* XII, 1, 1998, pp. 4-36, e MATTOSO, J., «A Cúria Régia de 1211 e o Direito canónico», em *Direito e Justiça* XIII, 2, 1999, pp. 129-142.

⁵¹ LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit. 79-182.

⁵² Ver GUZMAN BRITO, A., *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981.

⁵³ Ver DUARTE NOGUEIRA, J., *Sociedade e Direito em Portugal*, cit., 294 e 405.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 2004, 267.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 2004, 263 e ss.; ALMEIDA COSTA, M., *História do direito português*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 312; GOMES DA SILVA, *História do direito português. Fontes de direito*, 4.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, 211 e ss.; REIS MARQUES, M., *História do direito português medieval e moderno*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, 75 e ss.; BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Separata da *Revista Portuguesa de História*, XIV, 178-316, Coimbra, 1975, 181 e ss. e JOSÉ DOMINGUES, «Recepção do *ius commune* medieval em Portugal, até às ordenações afonsinas», em *INITIUM* 17, 2012, 121-168. Para um confronto com outros casos peninsulares ver, com múltiplas referências, e com elementos de escrita da história da historiografia jurídica, PÉREZ MARTÍN, A., «El estudio de la recepción del derecho común en España», em CERDÁ Y RUIZ-FUNES e SALVADOR CODERCH, *I seminario de historia del derecho y derecho privado*, Bellaterra, 1985, 241-325.

⁵⁶ O estado da arte sobre a feitura das Ordenações Afonsinas e a consolidação de um *ius proprium* português pode ser acompanhado em JOSÉ DOMINGUES, *As Ordenações Afonsinas. Três séculos de direito medieval (1211-1512)*, 2008. Sobre as Ordenações Manuelinas ver António Pedro BARBAS HOMEM, «As ordenações manuelinas: significado no processo de construção do estado», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, I, 289-320. Sobre a questão das edições das Ordenações Manuelinas ver BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 221-241, n. 56, ESPINOSA GOMES DA SILVA, «Algumas notas sobre a

Cristalizado o *ius proprium* reforça-se o *ius commune* prudencialmente conformado como *corpus* normativo complementar⁵⁷, mantendo, de resto, o protagonismo que se pode ter por assumido, no mínimo, desde o reinado de João I, nos textos normativos, na ponderação política e na prática judicial⁵⁸, manifestação primordial da *iurisdictio*⁵⁹, bem se podendo dizer, com Martim de Albuquerque, que no mais alto tribunal do país o que se entendia prevalentemente de aplicar era o direito romano, com a lição dos juristas intermédios –Bártolo à cabeça»⁶⁰. Complementariedade reiterada, assumido o *usus modernus*⁶¹ e afastados Acúrsio, Bartolo e opinião comum, na Lei da Boa Razão e nos Estatutos Pombalinos⁶².

edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513», *Scientia Iuridica* XXVI, 148-149, 1977, 575-591 e *História do Direito português*, cit., 291-293; ALBUQUERQUE, M., «A edição «definitiva» da *História do direito português* de Marcello Caetano», em *RFDUL* XLI, 2, 2000, 1203-1255, 1223 e ss.; ALVES DIAS, J., Introdução a *Ordenações Manuelinas: Livros I a V. Reprodução em fac-simile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, Lisboa, Centro de Estudos Históricos da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

⁵⁷ BRAGA DA CRUZ, G., *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 214 e ss.; ALBUQUERQUE, M., «Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português», em *Estudos de Cultura Portuguesa*, I, Lisboa, INCM, 1983, 35-123, 68 e ss.; ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., «O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas», em *Scientia Iuridica* XXIX, 166-168, 1980, 429-455, 442 e ss., e, em termos similares, *História do direito português*, cit., 275 e ss., (ver tb. ESPINOSA GOMES DA SILVA, «O direito num comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia», em AA. VV., *Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano*, Lisboa, Edições Ática, 1973, 253-280; DUARTE NOGUEIRA, J., «Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas», em *RDES* 24, 4, 1977, 279-295; BARBAS HOMEM, A., *A lei da liberdade*, 71-74 e 217-224.

⁵⁸ Ver ALBUQUERQUE, M., *O regimento quatrocentista da Casa da Suplicação*, Reprodução anastática do texto latino do Cod. 35 da Casa Forte do Arquivo Nacional da Torre do Tombo, com leitura paleográfica pelo Professor Doutor Eduardo Borges Nunes e tradução portuguesa pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses, Paris, Fundação Calouste Gulbenkian, 1982. Sobre a prática decisória na Casa da Suplicação, VEIGA TESTOS, J., *Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas (1446-1512). Um Estudo de Diplomática Judicial*, Dissertação de Mestrado em Paleografia e Diplomática orientada pelo Professor Doutor Armando Luís de Carvalho Homem e pelo Professor Doutor Bernardo de Sá Nogueira, Lisboa, Faculdade de Letras, 2011.

⁵⁹ Ver COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Milano, Giuffrè, 1969, 95 e ss.. Ver tb., em análise das consequências da refutação, por BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e social*, trad. Pierangelo Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1970, do paradigma estadual como chave interpretativa, privilegiando «um reencontro entre a história jurídico-constitucional e a história social que restaure o carácter global e indiferenciado dos mecanismos do poder no período pré-estatal e que deixe de novo aparecer o carácter «plural» da constituição política da época» HESPANHA, «Para uma teoria da história institucional do antigo regime», em Id. (org.), *Para uma teoria da história institucional do antigo regime. Colectânea de textos*, Lisboa, FCG, 1984, 7-89, 31-36.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, M., «Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português», em *Estudos de Cultura Portuguesa*, I, Lisboa, INCM, 1983, 35-123, 59.

⁶¹ BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 303-304. Ver tb. BRAGA DA CRUZ, «La formation du droit civil portugais modern et le code napoléon», cit., 7-8. E, desenvolvadamente, REIS MARQUES, «Elementos para uma aproximação do estudo do «usus modernus pandectarum» em Portugal, em *BFD* 58, 1982, II, 801-826

⁶² BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 253-316; Id., BRAGA DA CRUZ, «La formation du droit civil portugais modern et le code napoléon», cit. BARBAS HO-

Simplesmente, sendo a ciência jurídica medieval uma ciência de textos⁶³ dialecticamente transmitidos⁶⁴, que se afirma, nos diferentes géneros literários utilizados⁶⁵, como *interpretatio* inventiva de sentidos⁶⁶, justificáveis, porque meramente prováveis⁶⁷, mediante *auctoritates*⁶⁸, mas, enquanto sapienciais⁶⁹, sempre controvertidos⁷⁰ e, porque casuisticamente motivados, dificilmente generalizáveis⁷¹, aspectos menosprezados em muitas leituras oitocentistas, de Savigny⁷² a Kantarowicz⁷³, a influência da tradição romanista, em qualquer um dos seus momentos e episódios, não pode ser confundida com a recepção da experiência jurídica a partir da qual se forjaram esses textos, a romana anterior ao dominado, nem com a bizantina possibilitada pela invenção de um corpo textual antes inexistente ordenada por Justiniano.

MEM, A. P., *Judex perfectus*, 364-441 DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina*, em Suplemento XXXIII, *BFD*, 1990, 16-20, 44-60, 81-88, 156-174 e 180-194.

⁶³ WIEACKER, *Historia do direito privado moderno*, cit., 15-19; CARPINTERO, F., «“*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», em *Ius Commune* VI, 1977, 108-171, e «En torno al método de los juristas medievales», em *AHDE*, LXII, 1982, 617-646, 622-628; CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016,

⁶⁴ Sobre o carácter dialéctico do ensino ver COLLI, V., «Una lectura di Giovanni Bassiano. «Dialectica disputatio» ed esposizione didattica nella esegesi di un passo dell’*Infortiatum*», em *Ius Commune* 11, 1984, 37-53, 37-49.

⁶⁵ Ver LOMBARDI, L., *Saggio*; cit. ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 280-290; FRANCISCO CARPINTERO, «“*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», em *Ius Commune* VI, 1977, 108-171, e «En torno al método de los juristas medievales», cit., 632 e ss

⁶⁶ GROSSI, P., *L’Ordine Giuridico Medievale*, Bari, Laterza, 1995, 12-15; MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 141-223.

⁶⁷ ALBUQUERQUE, R., «Para uma revisão da ciência jurídica medieval...», 1070 e ss.; ERRERA, A., *Lineamenti de epistemología giuridica medievale. Storia de una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, 52-63.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 321-327; MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 224-264

⁶⁹ MATTOSO, J., «Onde está a sabedoria medieval», em SERRA, CARVALHÃO BUESCO, NUNES, e FONSECA (coord.), *Memória & Sabedoria*, Lisboa, Húmus, 2010, 181-197.

⁷⁰ Sobre a índole controversística do ambiente cultural em que, no século XII, se dá uma intensiva recuperação dos textos justinianeus, ver, com referências, FELTRIN, «Il sapere giuridico del XII secolo e le sue metodologie», em FELTRIN, e ROSSINI, M. (a cura di), *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Bergamo, Pierluigi Lubrina, 1992, 13-30.

⁷¹ Como sintetiza COING, «Trois formes historiques d’interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l’exégèse», in *RHDFE*, 48, 1970, 531-543, 537, «[I]e légiste médiéval prend le texte romain, qui en général est *casuistique* et donne une solution à des problèmes particuliers, tout à fait au sérieux. Il n’y voit pas l’application d’un principe général: s’il le généralise, c’est qu’il le regarde comme argument de signification générale, apte à être utilisé dans une *disputatio*».

⁷² ALBUQUERQUE, R., «Para uma revisão da ciência jurídica medieval», cit., 152 e ss.

⁷³ Recorde-se a lição de PARADIZI, B., «Osservazioni sull’uso del metodo dialettico nei glossatori del secolo XII», em *Studi sul medioevo giuridico*, II, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1987, 695-709, 695-696.

Como salienta Franz Wieacker, o objecto de recepção nas diferentes comunidades políticas europeias «não foi o direito romano clássico (então desconhecido na sua forma original); também não o direito histórico justiniano como tal, mas o *ius commune* europeu, que os glosadores e, sobretudo, os conciliadores tinham formado com base no *Corpus Iuris*»⁷⁴.

De resto, a vivência de uma concepção integral, porque associada a uma mundividência, e monista, por não distinguir direito e ciência do direito, do fenómeno jurídico como ordenação justa da convivência humana, conduziu, sempre, à possibilidade de reformulação e reponderação das múltiplas vias argumentativas constantes do *ius commune* face ao que se afirmava ser, caso a caso, as exigências da justiça⁷⁵, impedindo qualquer processo de difusão/recepção no sentido centro/periferia⁷⁶.

A importância prática atribuída às fontes justinianeias manteve-se inalterada no espaço europeu, no essencial, pese embora a crítica humanista à *ordo legalis* do *Corpus Iuris Civilis*, desde a sua divulgação através do ensino universitário a partir do século XII. Simplesmente, como se sabe, tal continuidade não implica nem permite afirmar que a história do direito europeu e a história do direito das diferentes comunidades políticas europeias são marcadas por um desenvolvimento orgânico⁷⁷. Muito diferentemente, o que aí se encontra são processos de ruptura quanto ao modo de ler, valorar e utilizar as fontes justinianeias. Rupturas epistemológicas e metodológicas, certamente, mas também transformações políticas e económicas ditaram as diferentes perspectivas utilizadas⁷⁸. Em larga medida, é justamente o silenciamento destes aspectos que resulta das opções subjacentes à proposta metodológica da Escola Histórica, tão importante para os defensores da tese da continuidade. Como refere de modo muito impressionante COING, o modelo de evolução do direito –assim como a ideia de direito que lhe vai associada– tão usado nos autores da Escola Histórica «é uma hipótese metafísica, um postulado da filosofia idealista muito apro-

⁷⁴ WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, 139. Ver, em geral, sobre o método jurídico medieval, as obras de Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 38-95; «En torno al método de los juristas medievales», in *AHDE*, LXII, 1982, 629 e ss.; ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do direito português*, cit., 248 e ss. e 298 e ss.; MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, s. ed., 2003, 141 e ss. e António MANUEL HESPAÑA, *Cultura jurídica europeia*, cit., 146-179.

⁷⁵ ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do direito português*, cit., 91-134; REIS MARQUES, M., *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, s. ed., 2003, 333-334.

⁷⁶ HESPAÑA, A., «Particularidades de método de uma história mundial do direito», em SORDI, B., (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013, 483-491, 486-487 salienta a improcedência destes modelos explicativos.

⁷⁷ A afirmação está em COING, *Las Tareas del Historiador del Derecho*, 74-75.

⁷⁸ REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 355-500. Em síntese, GUZMAN BRITO, «Introducción», in *Juristas universales*, II, *Juristas modernos*, Marcial Pons, 2004, 23-46

priado para converter o investigador numa pessoa cega perante outras influências, frente a outros factores, especialmente de tipo económico-social»⁷⁹.

Percebe-se, assim, que os habitualmente chamados fundamentos romanísticos do direito privado europeu e ibero-americano estão sujeitos a ser considerados, sobretudo, fundamentos justinianeus, medievais, humanistas, jusracionalistas, etc. A presença do «Direito Romano» num pretense Direito Privado Europeu ou Ibero-Americano parece reconduzir-se, antes de mais, à presença da influência dos textos justinianeus tal como foram sendo objecto de *interpretatio* nos períodos medieval e moderno. Consequentemente, a afirmação de uma romanidade significativa a tais fundamentos dependerá da afirmação de uma semelhante continuidade significativa entre a experiência jurídica romana pré-justinianeia e a compilação.

IV. O DIGESTO COMO DIFERENÇA SIGNIFICATIVA

Simplemente, o texto que nos serve de ponto de partida para esse confronto –o Digesto–, o texto que possibilita o acesso ao passado é também o texto cuja feitura configura uma ruptura com esse passado⁸⁰. É nesse paradoxo constitutivo que, inevitável e irremediavelmente, vivemos historiograficamente⁸¹. O artificial ponto de fuga de uma tradição serviu de alicerce a uma outra, por sua vez múltipla e diversificada⁸², necessariamente distante da prática jurídica romana⁸³. Ora, como

⁷⁹ COING, *Las Tareas del Historiador del Derecho*, cit., 73. Sobre esta concepção muito oitocentista de pensar a história ver tb. DE CERTEAU, M., *L'Écriture de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1975, 98.

⁸⁰ GALLO, F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, afirma que esta transformação disruptora radica na *legum permutatio* através da qual justiniano pôs fim ao modelo da *ars iuris*. Ver tb. TORRENT RUIZ, A., «Celso, Kelsen, Gallo e la rifonazione della scienza giuridica», em *Index*, 40, 2012, 537-557.

⁸¹ SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, nuova edizione*, cit. 20 e ss.

⁸² VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, 5-6, a propósito da nova romanística italiana refere uma das consequências no que respeita ao significado atribuível à compilação justinianeia: «Una parte dell'attuale dottrina romanistica si interessa ai problemi del metodo dei giuristi romani più che ai contenuti che il loro diritto esprime, e che, nella forma confluita nella compilazione giustinianeia, costituirono la base dei sistemi giuridici dell'Europa continentale. Proprio attraverso questa prospettiva si è chiarito che, se la codificazione di Giustiniano costituisce il punto di arrivo del processo storico evolutivo del diritto romano, da cui successivamente si dipartirà la formazione della cultura giuridica europea, essa rappresenta anche, per il fatto stesso della codificazione, la negazione del metodo casistico-giurisprudenziale, che permise a questo diritto di adeguarsi continuamente, em un processo che tuttavia rispettava la propria coerenza e continuità, alle esigenze della prassi, che pure, inevitabilmente, risentiva di profondi mutamenti politico-sociali e culturali».

⁸³ SCHIAVONE, «Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani», em Aldo SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 1-12, 2: «All'origine della tradizione e della sua millenaria vicenda, c'è la codificazione giustinianeia, il formidabile mosaico del Corpus Iuris. Al cuore, invece, della storia del diritto

recentemente recordou ALDO SCHIAVONE, a «storia della percezione moderna (e medievale) del diritto romano è innanzitutto la storia di un fraintendimento –una specie di capovolgimento prospettico– non meno grave che fortunato. Oggi siamo in grado di rendercene conto. Una tradizione ormai quasi millenaria ci aveva abituato a collegare il diritto romano –ogni sua immagine, nitida o sfocata che fosse– non alle figure degli antichi giuristi e al loro multiforme lavoro, come pure sarebbe stato possibile, bensì a un unico e compatto grupo di testi, venuto alla luce in pochi anni quando già quell’esperienza si era conclusa da secoli, almeno nella sua forma storicamente più significativa»⁸⁴. Textos esses, sublinhe-se, que não pretendiam reconstituir o passado, mas ordenar o presente e o futuro.

Interessa, aqui, ter presente, tão-somente, alguns aspectos relativos à sua feitura que demonstram tratar-se de um texto sumamente distinto das experiências anteriores.

Recorde-se o ponto de partida. Dada por terminada, em pouco mais de um ano, a empresa de proceder a uma harmonização do *corpus* formado pelas constituições imperiais tidas por invocáveis em juízo, harmonização através da qual fosse actualizado e sistematizado –corrigindo, abreviando, fragmentando– o respectivo teor normativo e de que foi encarregue uma comissão de peritos presidida por João da Capadócia (constituição *Haec quae necessario*, de 13 de Fevereiro de 528) foi possível a Justiniano, através da constituição *Summa rei publicae*, de 7 de Abril de 529, afastar do discurso jurídico a memória das compilações de constituições imperiais até então utilizadas na versão resultante dos à data já vetustos códigos gregoriano, hermogeniano e teodosiano e as correspondentes dúvidas relativas à autenticidade das versões citadas em tribunal.

A feitura do *Codex* não deve ser confundida com a intensão de tornar o *corpus* normativo assim estabelecido como depósito único das fontes invocáveis em juízo. De outro modo, não teria sido ordenada, poucos meses depois, a feitura do *Digesto*, nem teriam sido mantidas no próprio *Codex*, porventura com alterações, as disposições relativas às práticas recitativas de literatura jurisprudencial em juízo, isto é, a *recitatio*, «la prassi di utilizzare le opinioni dei giuristi in giudizio, riferendosi non soltanto ai *responsa* appositamente rilasciati a una delle parti in lite ma anche a quelli tramandati soltanto dalle loro opere letterarie»⁸⁵, introduzidas pela constituição de Valentiniano e

romano ci sono i giuristi, nella loro duplice funzione, dall’intreccio quasi inestricabile, di inventori di una scienza, e insieme di costruttori di un ordine normativo che ha orientato un impero mondiale».

⁸⁴ *Scriptores iuris Romani*, em FERRARY/SCHIAVONE/STOLFI, *Qvintvs Mvcivs Scaevola Opera*, Roma, «L’Erma» di Bretschneider, 2018, VII-XIII (VII).

⁸⁵ Ver MAROTTA, «La recitativo degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica», em Valerio MAROTTA e Emanuele STOLFI (Coord.), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica et età dei Severi*, cit., 357-385.

Teodósio, de 426, registadas em CTh.1.4.3. e conhecida por lei das citações⁸⁶. Ora—sabemo-lo hoje a partir da leitura proposta para o fragmento 15.814 de Pap. Oxy.—o título 15 do livro I do *Codex* de 529 tinha por epígrafe *De auctoritate iuris prudentium*, aí se estabelecendo o valor dos textos prudenciais⁸⁷.

Ou seja, o pio, afortunado, ínclito, vencedor e triunfador, sempre Augusto, César Flavio Justiniano reconhecia, sem qualquer ambiguidade, a insuficiência do recurso ao texto assim posto a valer para a ordenação de todos os casos. Mantinha-se, então, admissível, facto não despiciendo no contexto político da época, a manutenção da referida *recitatio* do *corpus* prudencial, porventura reordenada de um modo diverso do anteriormente estabelecido. A leitura da constituição *Deo Auctore*, para mais se acompanhada do que ficou escrito nas constituições *Omnem* e *Tanta (Dedoken)*, permite perceber que o uso da antiga *iurisprudencia* era, mais do que admitido, pretendido pelo poder político, podendo mesmo falar-se de algo inerente à discussão judicial.

Simplemente, como será de resto expressamente declarado na const. *Deo auctore* 6, *in fine*, e 7, *in fine* também, a *auctoritas* assim reconhecida aos textos prudenciais assenta, como no caso de outros textos, na vontade do imperador⁸⁸. Supera-se, desta forma, a solução teodosiana, ainda consagrada no *Codex* de 529, de declinar e ordenar uma lista de autoridades, preferindo-se proceder à identificação dos textos —e ao respectivo teor, porventura assumidamente modificado— que podem efectivamente ser utilizados em juízo.

Tal identificação —considerada, na retórica impressiva da constituição *Deo Auctore*, 2, tarefa sumamente difícil se não mesmo impossível— devia ser feita, de acordo com o caderno de encargos dirigido por Justiniano a Triboniano, através da leitura e depuração dos livros pertinentes ao *ius romanum* dos prudentes antigos aos quais foi concedido por príncipes anteriores a *auctoritas* para escrever e interpretar as leis. A leitura permitiria delimitar os discursos relevantes dos demais; a depuração resultaria da selecção feita. O *corpus* assim constituído deveria ser, depois, objecto de melhoramentos e reordenação. Melhoramentos resultantes da supressão de tudo o que fosse considerado supérfluo, da adição do que fosse tido por necessário para suprir as insuficiências detectadas e da corre-

⁸⁶ Sobre toda esta temática ver, com múltiplas indicações bibliográficas e considerações problematizadoras, FERNÁNDEZ CANO, *La llamada 'Ley de citas' en su contexto histórico*, Madrid, Fundación seminário Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 2000.

⁸⁷ Ver FERNÁNDEZ CANO, *La llamada 'Ley de citas' en su contexto histórico*, Madrid, Fundación seminário e Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 2000, 93-96; PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.ª ed., Madrid, Marsial Pons, 2017, 160.

⁸⁸ *Cfr.*, em síntese, PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, 158-159.

ção de tudo o que fosse julgado erradamente copiado de versões falsas de textos normativos –leis e constituições– anteriores (const. *Deo Auctore*, 7).

Quantitativamente, o resultado deste trabalho de transformação textual pode ser conhecido, tanto quanto se julgue fidedigna a afirmação do respectivo autor, pela leitura da constituição que o pôs a valer como produto da vontade política: apenas a vigésima parte dos textos então conhecidos foi aproveitada⁸⁹. E que esse aproveitamento foi utilitário e interessado. Performativo e agonístico, dir-se-á.

Também as investigações sobre os métodos de trabalho adoptados pelos compiladores permitem afirmar a diferença estrutural entre a versão final do que se manteve e as fontes utilizadas⁹⁰. Bluhme, partindo dos pouco característicos títulos 50.16 e 17 do Digesto e logo aplicando o método aos restantes, afirma haver uma repetição de sequências de fontes citadas, sugerindo a divisão dos compiladores por três subcomissões, cada uma encarregue de três massas textuais, a sabiniana, a edictal e a papiniana. Ora, a teoria das massas indicia o carácter redutor da obra justinianeia enquanto privilegiada perspectiva de acesso à experiência jurídica romana, na medida em que o processo adoptado vai enviesar ainda mais o resultado final. Não se trata apenas de reduzir à vigésima parte; é fazê-lo privilegiando alguns autores ou massas face a outros ou outras, entretecendo fragmentos e dessa forma inventando novas sequências textuais e unidades discursivas antes inexistentes. A mesma conclusão pode ser extraída da teoria concorrente, a dos *predigesta*, proposta por Cancerelli, na medida em que alude a caminho igualmente enviesante e limitativo dos olhares que se possam ter da experiência jurídica romana clássica⁹¹.

Se a análise das constituições *Deo auctore* (§ 7 ss.) e *Tanta* (§ 10 ss.) e a alusão à teoria das massas de Bluhme permite saber que a compilação justinianeia não é, nem foi pensada para o ser, uma reprodução de um específico momento da experiência jurídica romana, constituindo, diversamente, uma justaposição de materiais discursivos relativos ao *ius* oriundos de um período cronológico muito específico, a consulta da literatura romanística em matéria de existência, sentido e valor da crítica das interpolações nas fontes justinianeias⁹²

⁸⁹ Sobre este aspecto ver tb. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, prefácio de Javier Paricio e tradução de José María Coma e Gotz Gallenkamp, Granada, Comares, 1998, 104-108.

⁹⁰ Dada a conhecer em *Die Ordnung d. Fragmente in d. Pandectentiteln*, publicada em 1820. Segui-mos Dario MANTOVANI, «Le masse bluhmiane sono tre», *SCDR* 4, 1992, 87-120. Para desenvolvimentos pode consultar-se MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, 1987 e o dossier Recepção da Teoria das Massas de Bluhme na *Interpretatio Prudentium* II, 2017, 1.

⁹¹ PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.ª ed., cit., 172-174.

⁹² KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, cit., *passim*.

e em matéria de estratos de composição dos textos jurisprudenciais⁹³ permite saber que também os materiais utilizados eram versões tardias e modificadas dos textos originais⁹⁴.

Diferenças que foram sendo minorizadas na história da utilização das fontes justinianeias. Wieacker, faz notar como a teoria das «massas» relativa à elaboração dos *Digesta*, não teve consequências na civilística romanística de então⁹⁵. É certo, como salienta Mantovani, que Hugo experimenta uma alteração no modo de ensinar as fontes romanas⁹⁶. Mas o processo de actualização de tais fontes levada a cabo no âmbito da Escola Histórica, porque pré-ordenado às necessidades da ciência jurídica da época, era naturalmente avesso a tais perspectivas, inevitavelmente conducentes a uma recuperação da singularidade de cada fragmento do digesto⁹⁷.

Julga-se que para esta orientação terá também contribuído a descoberta das Instituições de Gaio na Biblioteca de Verona em 1816, por Niebuhr, para a qual Savigny assumiu especial protagonismo na identificação e na recuperação do texto⁹⁸. A obra, como refere Wieacker⁹⁹, vai ser tomada por testemunho seguro do direito romano clássico, oferecendo desse modo crédito à orientação que postulava a fungibilidade dos juristas romanos e a sistematicidade intrínseca do saber jurídico recolhido no Digesto¹⁰⁰. De acordo com esta perspectiva,

⁹³ BALDUS, C., «¿Hacia un nuevo concepto de «Textstufen»?»: Sobre unas eventuales huellas de «escalones clásicos» en Cervidio Escévola», em *SCDR XXIII-XXIV 2010-2011*, 75-103.

⁹⁴ D'ORS, *Presupuestos críticos*, 41 ss.

⁹⁵ *História do Direito Privado Moderno*, 476.

⁹⁶ MANTOVANI, «Le masse bluhmiane sono tre», *SCDR 4*, 1992, 87-120.

⁹⁷ NARDOZZA, M., «Il problema della storia dei giuristi romani» nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento», em BALDUS, MIGLIETTA, SANTUCCI, STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und Historische Individualität der Römischen Juristen. Storia dei Dogmi e Individualità Storica dei Giuristi Romani. Atti Del Seminario Internazionale (Montepulciano 14 - 17 Giugno 2011)*, Università Degli Studi di Trento 2012, 663-721, 666-667: recorda que «I lavori di Lenel e soprattutto di Pernice – sotto la cui guida a Berlino, Ferrini aveva condotto il proprio apprendistato – indicavano una tendenza nettamente contraria a ritenere i giuristi «come persone fungibili», argomentando proprio dalla varietà dei loro scritti. Dirksen e poi il suo allievo Sanio, Bremer – che aveva iniziato nel 1846 indagini sui singoli giuristi e le loro opere – e Huschke già nel 1850, si distaccavano dalla scuola storica per restituire ai giuristi la loro fisionomia individuale, per ricostruire il loro apporto elaborativo dal punto di vista storiografico e non soltanto sotto il profilo del valore del diritto da recepire»

⁹⁸ Ver VARVARO, M., «Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308», em *SCDR 22*, 2009, 435-514. Para desenvolvimentos ver, do Autor, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012. Acedi à extensa recensão de COMA FORT, J.M., ««Ein entdecktes juristisches Ineditum»: a propósito del descubrimiento de las Instituciones de Gayo», *SDHI 79*, 2013, 653-689.

⁹⁹ *História do Direito Privado Moderno*, 476.

¹⁰⁰ Afinal, como recorda Ruy DE ALBUQUERQUE, «Para uma revisão da ciência jurídica medieval», cit., a ciência jurídica medieval vai ser alvo da crítica de SAVIGNY, nomeadamente por não ter superado aquela feição casuística que o uso da dialéctica no seio das *disputationes*, para além de ter tornado «insuportável a leitura das obras escritas nos sécs. XIV e XV» (reproduzimos a citação do que SAVIGNY escreve na sua *História do Direito Romano na Idade Média* feita por Ruy DE ALBUQUERQUE) apenas acentuava, pondo desse modo em causa as características apostas por SAVIGNY ao Direito romano. Ainda assim, Sa-

«la iurisprudencia dei romani, che costituisce il punto di origine della tradizione, è considerata in blocco, come base degli sviluppi successivi»¹⁰¹. Introduzida impressivamente por Gottfried Wilhelm Leibniz no estudo *Systemate Iuris Romani* «contiene i tratti costitutivi del pensare sistematico che si svilupperà con la pandettistica: le antinomie, le dissonanze, le soluzioni che non possono ridursi alla dimensione della regolarità, sono poste sullo stesso piano degli errori commessi dai *conditores iuris* e dagli interpreti»¹⁰².

E não pode ser posta de parte a influência da autonomia entre a história da jurisprudência e a história dos direitos afirmada por Nettelbladt¹⁰³ – a partir da oposição entre história externa e história interna, de Leibniz¹⁰⁴ – em Savigny. Na primeira, que o Autor prussiano cultivará na sua história do direito romano na época medieval, como história de juristas, de centros de saber, de obras literárias e de estilos discursivos, prevalece o que há de singular¹⁰⁵. No eixo temático da segunda, tal como Nettelbladt a conformou, centrada na *facultas moralis agendi*¹⁰⁶, Savigny pôde encontrar um modelo de sistematização para o *System*, menosprezando, através da ideia da formação do direito no espírito do povo, a relevância dos diferentes juristas, dos seus discursos, das suas ideologias na conformação do material jurídico¹⁰⁷.

V. CONCLUSÃO: NECESSÁRIA SUPERACÃO DA TESE DA CONTINUIDADE

Ora, são justamente as diferenças e contradições o objecto de um renovado interesse e valorização¹⁰⁸. Como salientava Álvaro D’Ors, ainda que num

vigny proponha uma fungibilidade dos juristas medievais; assim, cfr. ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do Direito Português* I, 12.ª ED., 296.

¹⁰¹ BRUTTI, M., «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», em SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 13-48, 13. «È questa un’impostazione ben chiara nella cultura europeo-continentale dell’Ottocento e le sue premesse essenziali provengono dai secoli precedenti, durante i quali si affermano visioni sistematiche della scienza, a partire dal tardo umanesimo».

¹⁰² BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», cit., 14.

¹⁰³ A distinção é proposta em *Initia historiae litterariae iuridicae universalis*, Halae Magdeburgicae, 1764, citada por BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi, Una Transizione Incompiuta», cit., 18.

¹⁰⁴ Sobre a distinção utilizada em *De Systemate Iuris Romani* proposta em e impacto que teve no desenho da historiografia oito e novecentista ver RAGGI, R., «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», em *BIDR* 62, III serie, 1 1959, 199-222.

¹⁰⁵ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit., 217.

¹⁰⁶ BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi, Una Transizione Incompiuta», cit., 19.

¹⁰⁷ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit., 218-222.

¹⁰⁸ Recorde-se o já aludido projecto *scriptores iuris romani* coordenado por Schiavone. Do Autor ver, agora, «Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani», em SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 13-48, 13.

ambiente metodológico bem diferente do actual, marcado pela questão das interpolações, «donde el romanista antiguo se esforzaba en construir y en armonizar o romanista moderno destruye»¹⁰⁹. É justamente esta destruição –dos sucessivos retratos harmonizados da experiência jurídica romana construídos desde a recepção dos textos justinianeus no final do século XI– que possibilitará a reconstrução, necessariamente interpretativa, a traço nem sempre fino e de contornos algo difusos, da experiência jurídica romana, não como ela foi mas como, de modo verosímil, [vai] parece[ndo] poder ter sido.

Para esse efeito, é fundamental olhar para a história da experiência jurídica romana e não estudar apenas o direito justinianeus ainda que através do método histórico-crítico. Aliás, este, se autenticamente praticado, força o romanista a atender à evolução das soluções, à existência de diferentes camadas, de sucessivos estratos, a um «caleidoscópio di significati possibili»¹¹⁰ nem sempre coincidentes, de discursos jurídicos em construção, mas também em decomposição¹¹¹.

Consequentemente, a visão panorâmica da experiência jurídica romana obtida através das lentes justinianeas é, tão simplesmente, a de um ordenamento inexistente à data da sua aprovação. Que, numa miragem «acomodatícia», conduz o jurista para uma estrada inexistente: a da continuidade das experiências jurídicas romana, medieval, moderna e contemporânea¹¹².

E estas, como tem sido afirmado¹¹³, estavam longe de se aproximar, no que propunham como metodologia jurídica e defendiam como retrato histórico, do

risti romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani, Torino, G. Giappichelli, 2017, 1-12.

¹⁰⁹ *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, 13.

¹¹⁰ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit. 221.

¹¹¹ *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, 25-26.

¹¹² Vale a pena ter presente o que escreve BRUTTI na abertura do estudo «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», 12-13, que temos acompanhado: «Spesso ancora oggi, seguendo una tenace abitudine, gli storici del diritto rappresentano la molteplicità delle forme giuridiche attraverso un insieme di concetti costituenti una totalità, un «sistema». Il divenire del diritto rientra in un discorso unitario, che lega assieme discipline, momenti, luoghi diversi e lontani nel tempo. L'idea di una connessione lineare tra passato e presente e di una continuità degli schemi giuridici fondamentali, a partire dal diritto romano, riguarda soprattutto i rapporti tra privati. Nella costituzione giuridica delle persone e negli atti che contribuiscono alla circolazione economica dei beni, si individua più o meno consapevolmente la base per un'analogia tra le esperienze antiche del diritto e quelle moderne: per un rispecchiamento di immagini, che offre una potente legittimazione alle discipline dell'oggi. Se vi è un passato lontano che le conferma, ciò significa che esse hanno una forza in grado di andare oltre il loro tempo e di proiettarsi verso il futuro. [...] Un orientamento quietistico prevale nelle dottrine che condividono la continuità. Ancorate alla tradizione, esse sono incapaci di leggere e concepire problematicamente gli strappi e le conflittualità sociali di cui sono partecipi. I concetti-chiave della narrazione storiografica vengono assunti come invarianti: sono categorie di pensiero attuali; appartengono all'orizzonte storico degli autori e delle correnti teoriche che le elaborano, ma vengono costruite in modo tale da accreditare una coerenza con il passato. Diventano, nell'ambito degli studi sul diritto romano, i referenti di ogni descrizione. La *iurisprudentia dei romani*, che costituisce il punto di origine della tradizione, è considerata in blocco, come base degli sviluppi successivi».

¹¹³ SCHIAVONE, *Ius. Invenzione del diritto*, cit., 33 e ss

que se afigura ter sido a experiência romana anterior ao dominado. Em larga medida, por terem o olhar enviesado por um texto que, é hoje pacífico, inventa agonicamente um ordenamento necessariamente distinto do que existira antes.

Ora, retomando a obra de Mello Freire como foco de atenção historiográfica, logo se perceberá que a adopção da tripartição em causa resulta da influência de discursos da tradição romanista, tal como esta se foi desdobrando desde o século XVI¹¹⁴, não da experiência romana¹¹⁵. É o que se procurará demonstrar num outro trabalho¹¹⁶.

¹¹⁴ Para as razões da importância conferida à tripartição divulgada nas Instituições de Justiniano e uma análise das sucessivas reconfigurações no período em questão ver, a título ilustrativo, GUZMÁN BRITO, «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: Orígenes de la noción de acto o negocio», em *REHJ* 26, 2004, 187-254, 214 e ss., em que se sublinha o modo como foi reinterpretado o sentido da parte «acciones» por François CONNAN (CONNANUS, 1508 - 1551) em meados de quinhentos, desse modo se consolidando um afastamento significativo face ao sentido e à lógica interna da tripartição gaiana original. Ver tb. WOŁODKIEWICZ, W., *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, Wrocław, 1978, 27-38.

¹¹⁵ Para o significado da tripartição nos diferentes contextos da experiência jurídica romana ver, a título ilustrativo, D'ORS, «Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana», em *Historia. Instituciones. Documentos*, 20, 1993, 287-292, Francisco CUENA BOY, *Sistema Jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria, 1998, 105 e ss., WOŁODKIEWICZ, W., *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, cit. 19-23; BRETONE, M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, 4.ª ed., Bari, Laterza, 2001, 134 e ss.; BALDUS, C., «I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus», em *AUPA* 55, 2012, 41-74, 45-46, agora republicado em Id., *Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano* (2016-2016), Madrid, Marcial Pons, 2017, 167-199. CUENA BOY, *Sistema jurídico*, cit., 108-109, sublinha que «las Instituciones de Gayo son una obra de finalidad didáctica que, en comparación con la actividad literaria acostumbrada en los juristas, representa una indudable novedad por su propósito y por su concepción. Puesto que se trata de una exposición de materia jurídica es natural encontrar en ella numerosas concomitancias con los desarrollos alcanzados por otros juristas anteriores. Radicalmente nueva, en cambio, sin precedente en la literatura jurisprudencial anterior, es la adopción de un planteamiento sistemático de largo alcance susceptible en principio de ser aplicado a la globalidad de la materia tratada. Hasta donde podemos saberlo, el origen de un tal planteamiento no está en la gran jurisprudencia romana, que se muestra más bien reticente ante las incitaciones de este estilo que le llegan desde fuera, de modo que Gayo no lo tomó de ella sino que tuvo que buscarlo en un modelo de organización y exposición literaria generalizado entre las diversas artes de la época (medicina, arquitectura, agrimensura, retórica, etc.) pero que aún no había sido aplicado al derecho. En la adaptación de ese modelo a la exposición sistemática elemental del ius es donde reside su mayor originalidad». Como se percebe, a tripartição é um episódio singular na experiência romana.

¹¹⁶ Correspondente à comunicação intitulada *Descrever ou recriar o direito civil? Opções e contra-dições da civilística portuguesa entre reformas universitárias (1805-1865)* apresentada no III encontro Hispano-Luso de Historiadores do Direito, decorrido a 17 e 18 de julho de 2019, em Lisboa, a publicar no próximo volume de *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho/Estudios Luso-Hispanos de História do Direito*. Ao longo do texto utilizei elementos trabalhados na minha dissertação de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (*Teoria Geral do Direito Civil, cripto-justificações e performatividade da decisão jurídica. Historiografia jurídica e Ciência do Direito como invenção agonística de discursos (para uma arqueologia do autor Guilherme Moreira*, Lisboa, 2018, inédita).

PESSOA E SOCIEDADE: A DELAÇÃO PREMIADA FISCAL DO DIREITO ROMANO NA ATUALIDADE

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Universidade de Lisboa (Portugal)

Tentarei explicar Fisco e Erário em Roma como instituições públicas que pesaram na publicização crescente do direito legislado romano e na criação de institutos fiscais e criminais para servir o «Estado» em prejuízo das criações jurídicas destinadas a defender a pessoa humana. Face aos novos atentados ao direito das pessoas. Com essa base, concluirei –face à argumentação «jurídica» que defende a delação premiada nos processos tributário e criminal de hoje– mostrando a importância de estudar esta matéria no direito romano para denunciar a falsa juridicidade dos argumentos a favor da delação premiada e a natureza anti-jurídica desses meios e a fragilidade dos fins visados, face ao Direito ¹.

I. *AERARIUM POPULI ROMANI E FISCUS CAESARIS*

Antes de entrar no objeto do nosso trabalho importa esclarecer, em breve síntese, a natureza jurídica, os institutos que compõem, os atores que protagonizam a «cena fiscal», os expedientes processuais, as motivações políticas e as consequências jurídicas da fiscalidade romana distinguindo bem a época de supremacia da *iurisprudencia* e a de domínio da *lex*.

¹ Parte do texto resultou da preparação que fizemos para uma comunicação apresentada no II Encontro Jurisromanístico de Lisboa, em Dezembro de 2018, sobre a Fiscalidade em Roma, no Ministério das Finanças, organizado pela Revista Interpretatio Prudentium e coordenado por André Caldas.

Não é possível qualificar juridicamente o *fiscus* de Roma a partir de conceitos e institutos atuais com o fim de permitir uma compreensão integradora, a título de origem ou início institucional, na estrutura financeira pública do Estado Atual, pelos juristas de Hoje com mentalidade e preparação tão diferentes dos jurisperitos romanos.

Seguiremos aqui o método, já defendido em outras ocasiões, de resistir a estabelecer comparações ou conexões institucionais e conceptuais anacrônicas (entre Roma e a atualidade), sem deixar de investigar e escrever para uma compreensão jurisromanística dos problemas a resolver e das soluções a encontrar pelos juristas do tempo em que estamos.

O *aerarium populi romani* era uma instituição tipicamente republicana. Em sentido técnico era o tesouro público ou a caixa do Estado. Em Roma deve escrever-se no plural *aerarii*, pois não era uma atividade centralizada à partida. Os colégios sacerdotais, os templos, as fundações, as províncias tinham os seus tesouros próprios de natureza pública.

A administração financeira central (*aerarium Saturni/aerarium populi*), dividida entre civil e militar, era da competência dos cônsules, auxiliados por questores. Eram estes que apontavam nos registos a proveniência da receita e o destino da despesa, limitando a livre disposição pelos cônsules, dos dinheiros públicos.

Na república a palavra *fiscus* designava os recipientes onde os questores colocavam o dinheiro público, sendo neles colocada uma etiqueta com a soma aí contida e a proveniência do dinheiro lá posto (*Lex repetundarum* 67-68 (FIRA, I, n.º 7); Cícero, *In Verr.* II,3.8.5; Ps.-Asconio, in *Verr.* I,22).

Por serem estes *questores urbani* os que tinham a chave do tesouro, logo um efetivo controlo sobre ele, aos poucos os magistrados superiores, nomeadamente os cônsules, foram perdendo - na prática - competências financeiras.

A introdução dos *munera* (*munera civilia* ou *munera publica*, na *triplex divisio*; «munera personaliza; munera patrimonii; e munera mixta») no sistema de imposições fiscais a partir do século II, para responder à necessidade de multiplicar as entradas no fisco, foi justificado com o argumento da *necessidade do Estado* e por *ser de interesse público*. Os tributos não tinham natureza ordinária pois o «quanto» e o «número» dependiam das necessidades pontuais do «Estado», podendo até o cobrado ser restituído, cumpridas as formalidades de aprovação e efetivação dessa decisão.

O início dos sistemas de imposição de contribuições fiscais obrigatórios dos cidadãos para o «Estado» romano, para que este fizesse frente às despesas ordinárias de equipar e manter as legiões, construir fortificações (v.g. o *vallum* e o *limes*), o aprovisionamento gratuito da população de Roma (*frumentario*)

e outras de funcionamento e administração da Cidade, de expansão e consolidação territorial, o *stipendium* (ou *salarium*) de funcionários imperiais e de magistrados; bem como às despesas extraordinárias (recompensas; recepção de embaixadores e reis; festas públicas) –está ligado às entradas em dinheiro como via principal de arrecadar receita junto das tribos (daí o nome *tributum*).

O «património público do Estado» era composto pelo dinheiro público (*pecunia publica*), pelos *servi publici* (os escravos do «Estado»), pelas coisas móveis que pertencem ao «Estado» (como, por exemplo, o saque de guerra), pelas minas e pelo *ager publicus* (as propriedades privadas expropriadas pela república).

Não podemos aqui desenvolver a tipologia das receitas (o «*tributum ex censu*» até à conquista da Macedónia em 167 a. C.; o imposto anual sobre o património dos *patres familiarum* inscritos nas *tribus*...) e das despesas das finanças públicas de Roma, nas suas várias etapas, mas apenas referir alguns aspectos económicos, orgânicos e funcionais.

O sujeito da imposição fiscal, com a institucionalização dos tributos na administração financeira, passou da tribo para a pessoa singular ou colectiva acompanhando as alterações da economia de *bens reconhecíveis* para outra de *bens instáveis* e mais dificilmente identificáveis. Essa alteração na identificação de quem tem o património, onde está localizado e quando está disponível representou uma revolução cuperniana em matéria tributária.

Surge a noção jurídica de *interesse fiscal* com a passagem da *aes rude* para o aparecimento da moeda cunhada com a alteração dos critérios para medir a riqueza, ligando a património individual à quantidade de moeda detida (valoração monetária). Os indicadores económicos de riqueza passaram da propriedade, das coisas (*res*) –facilmente identificáveis - para o dinheiro– dificilmente nomeável. No sistema económico baseado em trocas e pagamentos passa a dominar o conceito de moeda.

A frequência nos textos das fontes dos conceitos de *pecunia* e *peculium* (derivados de *pecus*) está ligado a esta alteração da economia romana que impõe uma mudança estrutural no sistema económico-financeiro de Roma e, conseqüentemente, no sistema fiscal.

Eram os questores que, caso o general vencedor decidisse entregar o saque de guerra ao *aerarium populi*, o transformavam em dinheiro; e arrecadavam as receitas de multas (resultantes dos juízos criminais), execuções de devedores do tesouro, tributos, etc.. Seja qual a natureza dos bens integrados no *fiscus*, a finalidade era a sua avaliação/quantificação em dinheiro.

Os *questores urbani* que, durante a república, administraram o *aerarium saturni* foram substituídos, entre 28 e 23 a. C., por dois *praefecti aerarii*, de

procedência pretoriana; de 23 a. C. a 14 por dois *praetores aerarii*; e de 44 a 56 por dois *quaestores aerarii saturni*, nomeados de 3 em 3 anos. Daí em diante, voltou à formulação primitiva: dois *praefecti aerarii Saturni* de procedência pretoriana, muito condicionados pelos *praefectus caesaris*.

O *aerarium populi* provia as despesas municipais de Roma, as do território da Itália e das províncias senatoriais. Em 242 a. C. a *res publica* romana cria a sua primeira província, a Sicília. Com a expansão foi aumentando o número de províncias até trinta e oito: Sicília, Sardenha, Córsega, Bética, Lusitânia, Hispânia, Tarraconensis, Aquitânia, Gália, Gália Narbonense, Lugdunensis, Britânia, Germânia Superior, Germânia Inferior, Bélgica, Raetia, Noricum, Dalmácia, Panónia, Mécia, Dácia, Macedónia, Achaea, Trácia, Ásia, Bitínia e Ponto, Lícia e Panfília, Cilícia, Galatia, Capadócia, Síria, Palestina, Arábia, Egito, Cirenaica, África, Numídia, Mauritânia. A maioria dos autores refere como províncias senatoriais: Achaea, Ásia, Bitínia e Ponto, África, Creta, Dalmácia, Macedónia, Sardenha, Córsega e Sicília.

Com a subida de Octávio (Augusto) ao poder e a criação de um sistema de governo autocrático, com concentração dos poderes públicos no *princeps*, começa a ganhar forma o instituto do *fiscus Caesaris*. A palavra *fiscus* passa a ser conceptualizada no plano jurídico-político como o «tesouro do *princeps*», seguindo as alterações profundas no exercício do poder político em Roma.

A substituição -juridicamente trabalhada- do Erário pelo Fisco, como marca clara do fim do poder do *Populus* e da emergência de um monarca absoluto eufemisticamente designado *Princeps*, na passagem da República para o Principado, não deixa qualquer dúvida sobre o programa criptomonárquico de Octávio, feito Augusto. É este o contexto em que se inicia e desenvolve o processo em que o *princeps* substitui o *populus Romanus* como centro de imputação de relações jurídicas de interesse geral ou comum.

O definhamento progressivo do *aerarium* republicano, como forma de retirar instrumentos de exercício do poder ao *Populus*, mantendo-os na formalidade constitucional de Roma, é um exercício de hipocrisia política, própria dos novos tempos que alterariam de modo definitivo o *ius Romanum* e a sua criação/aplicação independente do poder político.

Esta transformação na estrutura jurídica do «Estado romano» não se fez pela arrecadação da receita, mas pela propriedade do território de Roma. A divisão entre províncias do imperador e províncias do Senado, a partir de 13 de Janeiro de 27, foi a forma política seguida para conseguir garantir o financiamento forte e exclusivo do «novo senhor de Roma».

Octávio que durante a guerra civil era *potitus regnum omnium*, com a paz transfere todas as coisas públicas *in protestam populi* para Roma (para o «Es-

tado»), menos as províncias que entendeu guardar para si (ficaram essas *in potestate princeps*). As províncias eram propriedade sua, exercendo aí *maiestas* própria (*dominium*), logo não as tinha como magistrado exercendo aí *imperium*.

Um jurisprudente tardio como Gaio, *Inst.* 2.7 e 21 atribui claramente a pertença do território de Roma, dividido em províncias, ao *Populus romanus* e a *Caesar* (*propriae Caesaris esse creduntur*). Logo, não era um mero exercício de administração ou de jurisdição, era *dominium*.

Após a guerra, os territórios das províncias deixaram de ser *praedia populi romani*. Logo, as receitas aí cobradas deixaram de ir para o *aerarium populi romani* e passaram a ir para o tesouro do *princeps*, isto é para os *fisci Caesaris*. Não podemos, no entanto, na configuração jurídico do *fiscus* cair em simplificações dualistas, recorrendo às características da categoria privatística tradicional do *dominium* separando-as dos elementos identitários das instituições juspublicísticas num ordenamento *civilibus*, como o romano, onde não se distinguiam as questões institucionais das dominiais.

Seguindo a regra anterior do *aerarium* a «administração fiscal» era, ao mesmo tempo, parte e juiz quando os cidadãos reclamavam. Nerva instituiu um *praetor qui inter fiscum et privatos ius diceret*, mas com uma jurisdição geograficamente muito limitada. Nas províncias eram os funcionários do imperador que exerciam a jurisdição fiscal, com os *procuratori Caesaris* a sobreporem-se aos *praefecti aerarii*.

Por isso, as regras aplicáveis aos diversos assuntos do fisco correspondia no seu conjunto mais a um verdadeiro *ius singulare*, que escapava à dicotomia mantida pelos jurisprudentes entre *ius fisci* e *ius commune privatorum*. Ulpiano escreve que o fisco deve aplicar *ius privatum* em matéria sucessória (D.49.14.6 pr.: *cum in privati ius succedit*).

O processo fiscal era também *sui generis*: elaborada a *relatio inter debitores fisci* (documento público oficial), precedida da *delatio* de um terceiro ou da *nuntiatio* do interessado, intervinham –a partir de Adriano- os *advocati fisci* em representação do fisco. A execução fiscal era feita *manu militari* e a partir do débito do cidadão constituíam-se outros direitos a favor do fisco (*usurae fiscales*). As garantias a favor do fisco davam-lha a primazia na cobrança (*privilegium fisci*). O *edictum* do *praefectus Aegypti*, do ano 68, que chegou até nós (FIRA I, n.º 58, rr 19, 26) completa estas informações.

No mais, o *fiscus* adotou todas as formalidades e regras que já favoreciam o *aerarium*: *adversus fiscum usucapio non procedit*; os *pacta privatorum* não podem modificar as decisões do fisco, que formam *iuris fiscalis*; a equiparação dos contratos dos censores aos dos procuradores do fisco (mesmo havendo

mancipes, praedes e praedia substituían *conductores, fideiussores e hypothecae*). Tratava-se, na sua criação e materialidade, de um *ius singulare*, aplicado a um órgão (o *fiscus*) cuja natureza pública era comumente reconhecida.

No tempo de Augusto ainda não havia um *fiscus Caesaris* (Velleio 2.39) centralizado (Otto Hirschfeld, Hugh Last, Frank, Sutherland, Jones, Garzetti, Ugo Coli...). Só com Tibério, e depois com Cláudio -com o aprofundamento dos poderes do *princeps* e a acentuação monárquica da «Constituição do Principado»- é que esse órgão surgiu e se institucionalizou na administração imperial centralizada de Roma. No texto do *Senatusconsultum de Cn. Pisone patre*, a palavra *fiscus*, no singular, está associada ao genitivo *principis (ex fisco principis nostri)*. O redator do texto foi o jurista Capitão que deixa expressa sua opinião: a caixa siriana era «propriedade» de Tibério.

Embora, na Constituição do Principado, o príncipe seja apresentado como «sujeito orgânico» à *res publica* investido com um *senatusconsultum*, ratificado por uma *lex publica*, com *imperium* para cuidar de *officium* do interesse geral, existe para ele um ónus económico resultante desse exercício (*brevarium imperii* de Augusto), que implica a organização, desde o início do Principado, de fiscos (*fiscii*) –no plural. O processo de unificação entre *patriminium principis* e *fiscus* a partir da relação jurídica contributiva que liga o *princeps* às províncias que diretamente controla, consolida-se com Tibério.

Existia um fisco em cada província tendo à frente um *procurator Caesaris* (quase sempre recrutado na ordem equestre) que prestava contas a um órgão central a *rationibus* – o *fiscus Caesaris*, coordenado por um *procurator a rationibus*. O sistema foi-se progressivamente organizando e burocratizando com as províncias imperiais a serem *rationes* ou *stationes* do órgão central, o *fiscus Caesaris*. A renda recolhida ia para Roma para pagar as despesas do exercício do governo pelo *princeps* (através da administração pública).

Mas não era só esse o dinheiro do *princeps*. A transferência de poderes e de competências dos magistrados –figuram centrais do poder político na república– para o *princeps*, implicava a alocação das verbas destinadas a esse exercício. O dinheiro passa das mãos do *Populus (aerarium)* para as mãos do *princeps (fiscus)*.

O *princeps* também recebe as verbas atribuídas à força armada de todo o império (também das legiões estacionadas nas províncias senatoriais), como comandante supremo da força militar desde 23, quando lhe foi conferido o *imperium proconsulare maius*. Também recebia a receita do aprovisionamento da cidade (*cura annonae*); a da normalização do rio Tibre (*cura riparum et alvei Tiberis*) a dos aquedutos (*cura aquarum*); a da conservação dos edifícios públicos (*cura operum publicorum*) e das vias de comunicação (*cura viarum*);

os bens dos condenados à pena de morte (*bona damnatorum*); os bens dos cidadãos mortos sem sucessores (*bona vacantia*); os *caduca* (heranças, legados e fideicomissos em que os destinatários não podiam receber pela *lex Julia e Papia Popena*; as doações de privados a favor do *princeps* (Suetônio, *Augusto*, 101.3); os *ager publicus*. E assim crescia o *fiscus*.

O *fiscus* deixa de ser o que parecia ser no início: a *pecunia Caesaris*, para se tornar num imenso patrimônio público (*patrimonium fisci*) com bens em todo o território de Roma (Papiniano D.18.172.1; Ulpiano D.43.8.2.4), bastante maior que o *patrimonium populi* do *aerarium* (Nerazio D.41.1.14 pr.). Progressivamente, entre 44 e 56, os magistrados que tomavam conta do *aerarium* foram substituídos por funcionários do imperador, os *praefecti aerarii Saturni* que se juntaram aos *praefecti aerarii militaris* que, desde o ano 6, tomavam conta do *aerarium militare* alimentado com as receitas da *vigesima successionum* e da *centesima rerum venalium*.

A criação do *fiscus iudaicus* (administrado em Roma pelo *procurator ad capitularia Iudaeorum*) destinava-se a centralizar o *tributus capitis* pago pelos judeus em todo o território do império romano, criado por Vespasiano após a primeira guerra judaica e resultava de uma decisão política que transferia a contribuição (taxa) que os judeus davam para o Grande Templo de Jerusalém para a reconstrução do Templo de Júpiter, destruído durante a guerra judaica. Cortava, assim, o imperador a fonte de financiamento do poder do *Colégio Sacerdotal Hebraico* que resistia à ocupação romana. Este tributo extraordinário, com uma afetação específica, continou a ser cobrado mesmo depois de concluída a reconstrução do Templo, como tributo normal e ordinário do *fisco*, até à sua abolição por Juliano, o Apóstata, cerca de 361.

Nas províncias senatoriais o *procurator Caesaris* era mais importante que o *quaestor provinciae* e boa parte do dinheiro destinado ao *aerarium* ia, via de regra, para o *fiscus*. O Egito era «propriedade do imperador» (Filone, *Adv. Flaccum* 2.19). Na aparência formal parecia estarem separados o *aerarium* e o *fiscus*, coexistindo um ao lado do outro. Na prática política e administrativa as finanças imperiais punham e dispunham, sobrepondo-se às finanças do *Populus*. Os jurisperitos, mesmo os da época dos Severos, depois de praticamente não existir *aerarium*, continuam a falar da distinção *aerarium/fiscus* mantendo uma ficção que não tinha correspondência na realidade.

Sabemos que Calistrato e Paulo escreveram obras com o título de *iure fisci et populis*; Alexandre Severo, *leges de iure populis et fisci...sanxit* (Vita, 16) afirmando essa diferença formal. Aliás reforçada pelo confronto entre D.40.4.50.pr. e *Fragmenta Parisiensia V* (FIRA 2, p. 443). Mas repetimos, a afirmação pelos jurisperitos de uma distinção entre *Fisco* e *Erário* depois de

Tibério corresponde apenas a uma reminiscência discursiva do passado, uma formalidade sem materialidade. Na realidade política de Roma o Fisco impôs-se ao Erário, o Público ao Privado, a Lei ao Direito.

A introdução de *leges* (já na Lei das XII Tábuas havia referências: Tab. X, 4: «Extenuato igitur sumptu tribus reciniis et tunica purpurae et decem tibi-cinibus tollit etiam». Tab. X, 4A «Haec praeterea sunt in legibus...: «Servilis unctura tollitur omnisque circumpotatio» ... «ne sumptuosa respersiom, ne longae coronae, ne acerrae».) com o intuito de racionalizar a gestão da riqueza e controlar as despesas (festas privadas - *Leges Cibariae*; despesas de campanha de candidatos a cargos públicos - *Lex Metilia de fullonibus*; luxo, vaidade e opulência- *Lex Oppia*) tinha normalmente uma intenção política de natureza retroactiva. Está aqui a origem e a explicação da retroatividade da lei fiscal, apenas do lado da lei pois o direito não o permite.

Mommsen, Duff, Frezz e Kaser entendem que o sujeito jurídico do *fiscus* era o princeps e não o «Estado», como querem Hirschfeld e Last; ou uma *pes-soa jurídica a se*, no âmbito da doutrina pandectística, como defendem Mitteis e Bolla. Entendemos, com Longo e Vassali, que o *fiscus*, de início propriedade do *princeps* se transformou, pela lei, numa pessoa jurídica coletiva pública, integrada na Administração romana.

É que, na Constituição material do Principado, o poder político está concentrado e personalizado no *princeps*. Ele não é um representante do Estado; ele é o Estado e o Estado é uma pessoa jurídica pública (o *princeps* é o sujeito público do ordenamento «jurídico» no Principado). Esta construção romana escapa às classificações, qualificações, construções dogmáticas e conceitos jurídicos de Hoje. Esta é uma reserva feita por Duff e Orestano que nenhum jurisprudente romanista pode ignorar.

No entanto, como jurisprudentes no seu presente e circunstância, os jurisromanistas sabem que é sua função falarem para as pessoas do seu tempo, não criando ficções e distorções, quando usam os instrumentos jurídicos atuais, nas suas tentativas de reconstrução de institutos vigentes no Direito Romano. Já tomamos posição metodológica, no nosso ensino da disciplina de Direito Romano, contra os excessos da proposta de Betti e os anacronismos do método de Savigny, ambos distorcendo *o que foi* em nome *do que virá a ser*.

Por isso, como –no plano metodológico– é preciso fazer ligações (não identificações ou precedências) entre os conceitos jurídicos clássicos e os atuais (sem ser necessário explicar qual a configuração, natureza e orgânica jurídica das finanças públicas romanas a partir de conceitos atuais dessa área disciplinar), podemos dizer que a origem romana do *fiscus* é «o dinheiro da pessoa que detém o poder político» para passar a ser, numa construção jurídi-

co-normativa ordenada –que vai atrás da realidade política– «o dinheiro da pessoa jurídica colectiva pública».

Como recorda Ugo Coli, esta conclusão assim expressa não é –em bom rigor– válida para o Direito Romano. O *fiscus* como não é do *Populus romanus* não é do Estado, pois só a *res populi* é *res publica* (D.50.16.15: «sola ea (bona) publica sunt, quae populi romani sunt»; Gaio, D. eod. 16).

Para os jurisprudentes o *fiscus* só podia ser coisa privada («privata tantum ac sua (de Caesar)»), no sentido em que *res fiscales quasi propriae et privatae principis* (Séneca, *De ben.*, 7.6.3; Ulpiano D.43.8.2.8).

A configuração jurídica das *res fiscales* por Ulpiano como *quasi propriae et privatae* revela o conteúdo complexo da propriedade do *princeps*, que já não é direito privado, mas ainda não é direito público. Já na literatura não-jurisprudencial a caracterização é menos exata (Sen., *De ben.* 4.39.3: «Sponsum descendam, quia promisi; sed non, si spondere me in incertum iubebis, si fisco obligabis»; Sen., *De ben.* 7.6.3: «Caesar omnia habet, fiscus eius privata tantum ac sua, et universa in imperio eius sunt, in patrimonio propria»; Plin., *Nat. hist.* 6.22. 84: «Anni Plocami, qui maris Rubri vectigal a fisco redemerat, libertus»; Plin., *Nat. hist.* 12.35.113; Plin., *Nat. hist.* 18.11.114).

Importa salientar que a jurisromanística atual atribui o silêncio (*argumentum a silentio*) dos jurisprudentes da primeira parte do Principado sobre a administração financeira imperial à falta de interesse jurídico de uma categoria em contrução, pela via burocrática, que unia *fiscus* e *patrimonium* num só todo, numa tensão privado-público que tornava difícil –senão impossível– qualquer caracterização rigorosa. O interesse dos jurisprudentes romanos (com pouca ou nenhuma *auctoritas*, muitos deles funcionalizados ao serviço do imperador) pelas questões jurídicas suscitadas pelo Fisco só começa com a institucionalização do *fiscus Caesaris* como única *caixa pública*.

Por isso, o Título 14 do Livro 49 do Digesto (*De iure fisci*) quase só tem fragmentos de textos de jurisprudentes da época dos Severos (Salvatore Puliatti). É com os Severos que o *fiscus* passa a ser a *Caixa do Estado* em Roma, separada dos bens privados do *Princeps*, quer no plano prático ou material, quer no plano formal ou «jurídico».

O *Princeps* era uma pessoa pública, diferente dos outros cidadãos com cargos públicos, em virtude da extensão, natureza e duração dos seus poderes. O *fiscus* era propriedade sua, mas não uma propriedade a título quiritário ou privado, na qualificação do *ius civile*. O *dominium* do *Caesaris* estava, no plano jurídico, equiparado ao *dominium* do *Populus* (Gaio, apesar do *creduntur*; e Ulpiano que, a seguir à diferença *aerarium /fiscus*, quanto à propriedade das

res fiscales, introduz o advérbio *quasi* na sua equiparação entre ambos, como lembra Ugo Coli).

O *fiscus* era propriedade da pessoa jurídica pública do *Princeps* e o *aerarium* era propriedade da pessoa jurídica pública, *Populus* (era *res publica*). As pessoas - do *Princeps* e do *Populus*, uma singular ou física e a outra colectiva ou institucional – proprietárias (uma do *fiscus*, a outra do *aerarium*) partilhavam uma natureza jurídica comum: pessoas jurídicas públicas. Isso emprestava uma identidade jurídica comum à propriedade que tinham a partir de diferentes institutos: *aerarium* e *fiscus*. As fontes disponíveis não permitem datar as fases do processo de integração das finanças da pessoa física do *princeps* nas da pessoa jurídica colectiva do *Princeps*, feita «Estado».

Que elas eram distintas no início do Principado, creio que está bem demonstrado com a dupla qualificação pessoal (singular e colectiva) do *Princeps*. Na sucessão *mortis causa* os bens do *princeps*, enquanto pessoa singular privada, eram herdados pelos seus descendentes; os bens do *Principes*, enquanto pessoa jurídica pública, eram para quem lhe sucedia no cargo de *Princeps*. Ver, por exemplo, a exceção à regra geral sobre a aquisição dos legados criada por uma constituição de Antonino Pio, no sentido de ser o sucessor do *princeps* a receber o legado deixado por um cidadão (um privado) ao *princeps* em exercício, se este morresse antes da *cessio dei* (D. de leg 31,56). Com o tempo os bens pessoais do *princeps* desaparecem e tudo é *fiscus* (Herodiano 2.4.13). Assim, os bens que a pessoa privada do *princeps* tinha antes de ocupar o cargo são integrados no *fiscus* quando inicia funções como *princeps*.

Que, numa primeira fase do Principado, a pessoa física privada do *princeps* tinha bens próprios (*patrimonium privatum*) separados dos bens do fisco (*patrimonium fisci*), não existem dúvidas (A. Wilcken). Augusto doou ao *aerarium* - para fazer frente a despesas públicas extraordinárias - bens do seu próprio património (*patrimonium meum; pecunia mea; res familiaris* pode ler-se no *Mon. Ancyra*). Essa separação levava a dois tipos de administração financeira imperial: uma pública e outra privada.

Sabemo-lo, nomeadamente, por Tácito que aplica expressões como *agri Caesaris, res familiaris* do *princeps*, *res suae* no governo pessoal do *princeps*, mas é uma inscrição do tempo de Cláudio (CIL IV,8501) que refere o *procurator Augusti a patrimonio* que nos dá a ideia de um funcionário imperial que trata do dinheiro da pessoa privada do *princeps*. Com Sétimio Severo essa dupla administração é assumida e é criada uma *procuratio rerum privatarum*, também designada *rationis* –ou *rei-privatae*, com o *procurator privato* equiparado ao *procurator fisci*.

Desde o século III, encontramos referido nas fontes um *procurator patrimonii*, para o *patrimonium* da administração imperial. Logo, parece ter passado a existir uma administração tripartida, no plano da autonomia da gestão, entre *fiscus*; *patrimonium privatum* e *res privata* (Valentiniano, CTh.. h.t. 8). Começa então a esboçar-se na organização financeira do «Estado Romano», por influência helenística, a contraposição entre a *substantia privata* e a *substantia fiscalis* (Justiniano, C. De quadr. praescr., 7.37.3).

A gestão do dinheiro, embora autonomizada da forma referida, era integrada na sua natureza orgânica mantendo-se uma ténue diferença de regime jurídico entre receitas fiscais e receitas patrimoniais. A explicação de Fergus Millar de que o *fiscus Caesaris* incluía apenas os bens próprios do imperador e as receitas por eles produzidas –seguida e radicalizada por Michael Alpers– tenta separar Estado e Fisco nas não soluciona o problema do confisco dos *bona caduca* e dos *bona damnatorum* que passam, pela via fiscal, a bens do Estado, como lembrou Peter Brunt e salientou Sara Galeotti.

Por isso, a intuição de Theodor Mommsen mantém-se atual: a construção do *fiscus* vai no sentido de diluir os regimes jurídicos originários dos bens que o integram ficando eles indistintamente como *res Caesaris* (o *princeps* é *curator rei publicae*), independentemente do seu destino ou aplicação.

A explicação de Theodor Mommsen, completada e aprofundada por Elio Lo Cascion de que *fiscus Caesaris* e *patrimonium principis* acabam –de forma indiferenciada– por integrar uma só administração imperial, tornando também juridicamente indistinguível o *fiscus* do *patrimonium* (o *patrimonium principis* é o *patrimonium fisci*). Apesar dos reparos de Peter Brunt, sem grande apoio nas fontes, os dois «modos contáveis» diferentes formas no início de arrecadar receita pelo princeps, como pessoa privada e como «órgão de Estado», fundem-se organicamente no termo *fiscus* (passos de Velleio, *Res Gestae*, documentos epigráficos) com ordenamento normativo próprio determinado pelo *princeps* (separado e superior ao do *Populus*) e administração única por ele dirigida (tanto a financeira pública como a patrimonial própria com exercício de *dominium* privatístico).

No plano público, a unidade orgânica do fisco na pessoa política do *princeps*, está estruturada na unidade das pessoas que trabalham na administração financeira (sentido de um só corpo administrativo) sob a «tutela» do *princeps* e na uniformização dos procedimentos burocráticos na colecta das receitas provenientes das províncias imperiais, quer as das terras adquiridas a título privado quer as que resultam das contribuições «públicas».

Ora, no plano do ordenamento normativo que sustenta a governação, esta constatação reforça a ideia do princeps ser a *substantia pública* do ordenamento jurídico porque é ele que exerce o poder político absoluto.

Estes conceitos jurídicos são da máxima importância para compreender a estruturação futura do Estado e do direito legislado, criado expressamente para a Administração Pública. A *substantia privata* não significava a parte dos bens próprios da pessoa privada do *princeps* (as coisas e o património pessoal dele), mas antes bens cuja natureza jurídica permitia que se fizessem transações com eles, susceptíveis de apropriação privada, logo a sua sujeição ao *ius privatum* (Ulpiano D. de leg. 30,39.10).

Já a *substantia publica* caracterizava os serviços e bens unicamente destinados ao coletivo, com uma natureza específica de interesse geral, insusceptíveis de apropriação ou comercialização privada, onde o *ius privatum* não se pode aplicar.

Logo, a caracterização jurídica do *fiscus* escapa à dicotomia *ius privatum-ius publicum* e à tradicional impositação mommseniana na interpretação das fontes. Na explicação orestiana o *fiscus* é *objeto* de um direito de que o *princeps* é o titular; uma titulação não como *princeps* ou órgão público mas como cabeça ou poder máximo da organização política que encarna o próprio ordenamento normativo que o autoriza a dispor, de forma legítima, dos bens do *fiscus* e a mandar na burocracia que o organiza. Não existe por isso, uma contraposição jurídica, mas uma mera distinção contabilística, entre os bens do *fiscus* e o *patrimonium principis*.

Quando a titulação do «Estado» passa a estar definitivamente na pessoa do *Princeps*, como «representante» do *Populus*, e não no *Populus* através das magistraturas e das instituições –a partir de Diocleciano– a palavra *aerarium* perde significado jurídico próprio e desaparece ou passa a ser usada com outras acepções, nomeadamente como mero sinónimo de *fiscus* (apesar de Mauriciano D.49.14.15.3. continuar a usar *aerarium* como o contrário de *fiscus*; e não haver referência ao termo *fiscus* nas *Res gestae*, nem em Velleio Patercolo, ou em Valerio Máximo).

O imperador manteve a *res privata* separada do *patrimonium privato* (no tempo do imperador Anastácio 491-518, sabemos que havia um *comes sacri patrimonii*; e nos textos de Justiniano são frequentes as expressões *proprietas nostra, patrimonium nostro, res domenic, domus nostra...*).

O Imperador permitia -uma liberalidade sua (*sacrae largitiones*)- que as receitas provenientes dos impostos e de outras rendas fossem para pagar as despesas do Estado. Para as suas finanças pessoais, como *res privata*, ficavam os *bona damnatorum*, os *bona vacantia* e os *caduca*. Diocleciano ao acabar

com a distinção formal entre *provinciae Caesaris* e *provinciae populi Romani* está apenas a constatar uma situação já existente (a distinção era apenas formal) no quadro geral de supremacia «jurídico-normativa» do *princeps* sobre o *Senatus* e o *Populus*.

A organização administrativa financeira romana cresceu de tal forma e ganhou tanto prestígio que o *procurator a rationibus*, feito por Diocleciano vir perfectissimus rationalis summae rei, já no século IV é designado como vir inlustris comes sacrarum largitionum (o *fiscus* passou a ser designado *largitiones* (C.12.23); e o vir perfectissimus rationalis (ou magister) summae rei privatae dá lugar ao vir inlustris comes rerum privatarum.

Em síntese, são 3 as teses sobre a natureza jurídica do Fisco romano:

1. O *fiscus* é o património privado do imperador, como resulta de D.43.8.2.4, Ulpiano: «...res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt...» (Theodor Mommsen); da *Historia Augusta*, *Vita Hadriani* 7, que refere os dois sujeitos da relação financeira (credor e devedores) como privados; e do património do fisco poder ser deixado em testamento aos descendentes do *princeps* ou vendido em hasta pública pelo seu sucessor no poder.

2. O *fiscus* é um património público para servir o interesse público porque: a natureza jurídica da contabilidade/gestão do património do fisco desde Augusto é publicística; existe um vínculo moral (que Longo vai buscar a Mommsen) que funciona como limite jurídico na atuação financeira do *princeps*; o *princeps* nomeia o seu sucessor ao «trono» como «herdeiro do *fiscus*»; o imperador Publius Elvius Pertinax, em 193, define o *fiscus* como público; a palavra «quasi» no já referido texto de Ulpiano indica apenas que o *fiscus* não é juridicamente património privado do *princeps*, mas que se encontra numa situação idêntica ou equiparada a essa. Por isso, Ludwig Mitteis lembra que o imperador só pode usar os bens do fisco para servir o interesse público, pois esses bens estavam afetos a despesas públicas; era esse o seu destino (Hirschfeld).

3. O *fiscus* é uma pessoa jurídica pública (Savigny) que pode atuar como privada: tem o poder de intentar ações em nome próprio (*fiscus*) como se fosse uma pessoa privada, detentora de um direito (*ius fisci*); em 97, o imperador Nerva cria um pretor com competências e iurisdictio para os conflitos entre *fiscus* e privados (D. 1, 2, 32); ao *fiscus* era reconhecida uma qualidade subjetiva, como devedor ou como credor, para atuar em juízo no processo romano. Para os jurisprudentes o *fiscus* era um sujeito de direitos, logo uma pessoa jurídica com capacidade para intentar acções e ser demandado em juízo. Embora um actor processual privilegiado que beneficiava: da excepção de retractatio

causae ao princípio da res iudicata, no caso de conseguir juntar provas novas (3 anos depois do primeiro julgamento podia pedir um outro); da Hypoteca omnium bonorum - o fisco pode hipotecar a totalidade do património do devedor fiscal para garantir o pagamento do débito; pode exigir unilateralmente o pagamento de juros de mora ao devedor.

Parece-nos hoje fazer pouco sentido manter como questão relevante, no plano doutrinário, a discussão sobre a natureza jurídica do fisco romano no âmbito de uma reconstrução anacrónica sujeita à nossa *forma mentis* e caracterizada com os conceitos atuais. Não faz sentido optar por uma pessoa física legal (o princeps); uma coisa dominial privada; ou uma instituição pública (propriedade do «Estado»). Estas qualificações não podem ser precisas nos seus contornos conceptuais nem exatas no tempo longo que requerem.

Em conclusão: como resulta do acima exposto, não podemos aplicar a doutrina juspublicística atual ao estudo da passagem do *aerarium* ao *fiscus* em Roma, nem fazer a reconstrução da importância económica da criação do *fiscus* romano pela concepção e funções atuais do Estado. Da mesma forma o irrealismo temático da jurisromanística no seu diálogo com o direito vigente, o excessivo rigorismo metodológico do antiquarismo, a rigidez conceptual da tecnicidade dogmática privatística e a terminologia variável da juspublicística têm dificultado os estudos jurídicos romanísticos sobre o financiamento do «Estado» e a sua possibilidade jurídica.

Continuar a colecionar nas fontes passos esparsos e partes truncadas de textos dispersos no tempo, de jurisprudentes/autores diferentes, para tomá-las como um discurso comum, linear, contínuo e uniforme, capaz de servir de base a uma dogmática histórico-jurídica é um erro metodológico fatal nos estudos jurisromanísticos sobre o fisco. Este erro metodológico tem permitido falar em um direito positivo da organização financeira romana que nunca existiu, mesmo durante o Principado, e que parte de uma origem e de uma natureza do fisco romano que a doutrina jurisromanística dos últimos dois séculos fisionou, mas que parece nunca ter existido na realidade antiga de Roma.

Mais importante é, no plano metodológico, situar normas e opiniões no contexto do seu tempo e inscreve-los nas linhas de continuidade e descontinuidade entre a república em crise institucional e o principado assente na personalização física do *imperium* supremo (para governar). Na conformação jurídica da distinção entre *aerarium* e *fiscus* está a tensão política e a luta pelo poder entre Senado e *Princeps*, com este a dominar o Senado (Cic., *De leg. Agr.* 2.14.36; Liv. 28.46.4 e Liv. 31.13.7. 31; Cic., *In Vat.* 15,36; Cic. *Phil.* 9,7,16 e 14,14,38; Pol. 6,13,1 ss.).

A progressiva complexidade da Administração Pública e as exigências crescentes da intervenção do Estado na organização da sociedade implicavam uma uniformidade de direção nas finanças romanas. Também os tributos instituídos ad hoc e a profusão de contratos concluídos pelos *quaestores* com os *privati* cujo objeto eram os bens públicos dados à gestão privada implicavam unicidade de gestão do órgão que detém o poder político supremo (e não as constantes intervenções e intercessões de magistrados e de outros titulares de cargos públicos).

A dispersão republicana de competências no âmbito financeiro está bem patente no exercício do direito de instituir um novo tributo. Embora a titularidade desse direito pareça estar no Senado ele não é exercido de forma direta e exclusiva pelos senadores. Primeiro, tem de haver uma *lex* emanada dos *comitia* e depois um *senatusconsultum* que fixa o *quantum* a cobrar. O mesmo quanto à gestão do *ager publicus*, principal fonte de receita, em que o Senado dependia dos *quaestores* que faziam a venda dos bens públicos aos privados fixavam os contratos e decidindo sobre as concessões (daí o nome *ager quaestorius*). Ou até da despesa pública gerida pelos magistrados superiores.

Ora, o Senado não tinha unidade operativa de poder e comando sobre o *Aerarium Populi Romani*. Ele era apenas o órgão central da administração/gestão financeira. Ora, centralidade não é o mesmo que unicidade e era esta a ser requerida para corresponder aos novos tempos económicos e políticos. Basta pensar que as tentativas de fazer o censo das populações e cadastramento dos territórios conquistados foi tentado, sem êxito, em 162 a. C. e depois, com Augusto (apesar dos problemas de datação), foi sendo concretizado esse conjunto de instrumentos essenciais para a administração financeira romana.

A liquidez necessária à acção política do *princeps* requeria uma tesouraria pública una, mais eficaz e rápida (menos burocratizada) concretizada numa caixa-cofre do *princeps*. No início do processo institucionalizador do *fiscus*, o critério para a cobrança de impostos e de taxas era o da necessidade (Marcello Morelli).

Augusto, que esvaziou em todas as áreas da governação as instituições republicanas de poderes efetivos, com o discurso enganador do respeito por elas, dominava de facto o *aerarium* (que era mais pobre que o fisco) e precisava de criar uma tesouraria própria para o exercício pessoal do poder (*imperium*), ainda que disfarçada de instituição pública. O *fiscus* não foi concebido como coexistente, complementar ou alternativo ao *aerarium*. Foi criado para substituir o *aerarium*. Esta é a base da Constituição do Principado: transferir poderes do *Populus* para o *Princeps*.

No Principado, o ordenamento normativo é construído na paridade política entre a institucionalização do *imperium* e a dimensão patrimonial de *dominium* na pessoa do *princeps* o que revela que o slogan ‘Restitutio rei publicae’ é apenas propaganda sem correspondência na realidade jurídica (Vell. 2.39.3. 83; Aug. 5.27.25. 84; CIL VI.701 [= ILS 91 = EDR 103043, V. Gorla, 05-03-2015; *Tessera Paemeiobrigensis*). Só mais tarde entenderemos como a diferença estrutural entre Propriedade e Domínio estava a ser aqui construída (François Vallançon, *Domaine et Propriété (Glose sur Saint Thomas D’Aquin, Somme Theologique II A II AE QU 66 Art 1 e 2)*, Paris, Paris II, 1985, 3 vols.).

O império proconsular do *princeps* permite manter a construção histórica de um ordenamento normativo que respeita a ideologia do Principado, sem rupturas, ao dar substância política suprema ao *princeps* mantendo a aparência de respeito pelas instituições republicanas e o *ius* vigente.

O *princeps* deve conquistar territórios e pacificar/administrar as suas províncias e é preciso dar-lhe os meios (*manubiae* al *fiscus*) para tal, compatibilizando isto com a estrutura constitucional e a coerência harmónica do ordenamento normativo em construção que institucionaliza e consolida a administração financeira imperial. É pelo *officium* que se constrói normativamente o império patrimonial na substância pública do *princeps* (Max Weber).

O *princeps* está acima do ordenamento normativo permitindo uma configuração privada das *res fiscales*. Ele é o financiador da *res publicae* e o destinatário dos contributos recebidos pelo fisco (o *princeps* é a *res publicae*) -com limites compreendidos no âmbito do conceito de *cura rei publicae*- e as aplicações (despesas) destes contributos (receitas) têm natureza jurídica exclusivamente pública (os precedentes estão da república).

Esta clarificação jurídica faz todo o sentido para entender a origem jurídica do Fisco e da sua conceptualização atual tão afastada da origem romana. O falhanço da tentativa de tornar objetivo, pela construção dogmática legitimadora da norma legal fiscal, a subjetividade jurídica inerente ao fisco e aos seus procedimentos tem de ser estudada a partir de Roma. Da vontade pessoal do governante às exigências do Estado, não basta intermediar instituições, procedimentos, objetivos e vínculos. A juridicidade possível do fisco exige outras condições, nomeadamente a possibilidade de Justiça pela igualdade e a equidade.

O Fisco era para os juristas romanos e permanece sendo uma coisa e o contrário dela: é devedor e credor; é incumpridor e exige cumprimento; é uma parte e a outra do mesmo contrato; proprietário e arrendatário. A personificação do Fisco para o contribuinte é parte da verdade do processo criador do

fisco que começa em Roma com a passagem do cobrador pessoal (*princeps*) para o cobrador institucional («Estado»).

II. O FISCO ROMANO E OS CRIMES FISCAIS DE HOJE: O CASO DA DELAÇÃO (*DELATIO*) PREMIADA

A cobrança de taxas, de impostos e de outras contribuições aos cidadãos pelo Estado na nossa atualidade tornou-se um exercício político alvo de uma normação muito específica e hermética a requerer especialistas de muitas áreas, onde os jurisperitos se sentem cada vez mais desconfortáveis. Com efeito, é cada vez mais difícil conciliar a exigência fiscal e a juridicidade dos atos que a garantem; os direitos das pessoas e os atos do poder fiscal.

Entendemos que em situações como esta é preciso voltar à fonte. Compreender como em Roma, no plano fiscal, foram construídas as normas, concebidos os conceitos, criados os institutos, impostos os procedimentos, dirigidas as instruções e justificados os sacrifícios pedidos às pessoas pelo «Estado». Esse exercício é fundamental para situar a juridicidade da fiscalidade e revelar o que está em lei, mas não tem qualquer possibilidade de ser designado como Direito.

Visto que está o processo de criação do Fisco em Roma, centrado no *Princeps* e na necessidade de alimentar uma máquina administrativa e militar e os gastos pessoais dos governantes, ainda que na figuração de titularidade institucional – passemos à presença do Fisco na sociedade, à sua representação em juízo e aos mecanismos criados pela lei para obter receita pública a qualquer custo.

Com a natureza de pessoa jurídica, o fisco romano só podia agir como tal, enquanto parte, numa contenda «judiciária», através de representantes legais (os *procuratores fisci* ou *procuratores caesaris* ou *rationalis*). A *actio* era da responsabilidade do *advocatus fisci*, cargo criado pelo Imperador Adriano para proteger os interesses do fisco (D.49.14.7; C.2.9.4).

A turbulência fiscal e a incerteza sobre os impedimentos do *advocatus fisci* levaram o imperador Antonino a esclarecer que só podiam intervir como defensores do interesse do fisco (C.2.9.1), em exclusividade. Já os imperadores Valério e Galeno permitem que o *advocatus fisci* possa representar aqueles que se opõe ao fisco. (C. 2. 9. 2).

A problemática da representação judicial do fisco torna-se particularmente importante em casos de confisco (*confiscatio* – «com o fisco»; «depositar no fisco»). Instituto tardio, a *confiscatio* (determinação da entrada no fisco de bens que estavam no exterior da cidade de Roma), tem como referência a *publicatio*,

isto é a perda de bens de um condenado a favor do fisco romano (aqui com um sentido mais próximo da expropriação para consignação ao fisco).

O não pagamento das importâncias devidas ao fisco desencadeavam a *confiscatio*. Era importante este instrumento para o «Estado» romano pois a receita não podia ser colocada em causa. Sem receita era Roma que estava em causa e ameaçado o seu modelo de administração e de expansão.

As receitas públicas tinham origem fiscal e não-fiscal.

As receitas fiscais provinham, normalmente, do pagamento de taxas. Uma taxa (taxa provincial) de 10% sobre o património das pessoas com capacidade de produzir, nas províncias imperiais consignada à defesa de território e pessoas; uma taxa de 5% sobre as heranças, criada por Augusto e destinada ao *aerarium militare*, para apoiar os desmobilizados; as taxas alfandegárias, finalmente uniformizadas em 5% (excepto os bens de Luxo provenientes do Oriente taxados em 25%); as taxas de circulação de mercadorias com uma incidência de 1% sobre o seu valor; e a taxa de subida ao trono de um novo imperador (*aurum coronarium*) ou devido a uma importante vitória militar (abolida por Alexandre Severo).

As receitas não fiscais, resultavam de: os bens recebidos de cidadãos que faziam do imperador herdeiro ou legatário dos seus bens após a morte (sobretudo Augusto e Tibério, este último herdeiro do jurisprudente Ateio Capitão), prática só proibida pelo imperador Tiberius Claudius Drusus; os *bona caduca*, isto é, os bens que, por lei (v.g., a *lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, de 18 a. C.; a *lex Papia Poppaea Nuptialis*, do ano 9; o *Senatusconsultum Silanianum*, do ano 10 - D.29.5.3.18), não podiam ir para a pessoa indicada no testamento como sucessor (aqueles que perdiam legalmente a capacidade passiva de herdar); os *bona vacantia*, quando, nas províncias, a herança não tinha herdeiros, testamentários ou legítimos (o fisco era o último na lista dos herdeiros); os fideicomissos implícitos *mortis causa* na herança (uma imperfeita forma de manifestação da vontade), isto é, quando o testador pedia ao fiduciário para transmitir a hereditariedade ao beneficiário de forma não expressa, não clara (a coisa não estava determinada; o beneficiário não estava identificado) - D.49.14.3.4; o produto do rendimento de bens públicos (minas; terras públicas; saque de guerra; descoberta de tesouros (D.49.14.3.11); multas (D.47.12.3.5; D.39.4.16.11); os *bona damnatorum*, isto é, os bens dos condenados à morte, à perda da liberdade ou da cidadania (expropriação dos bens de condenados por crimes graves a favor do Fisco) - *lex Iulia de adulteriis coercendis*, de 18 a. C. - D.48.21.3 pr.; D.48.21.3.1.

Na sua atividade de repressão das fugas e das fraudes e de dar maior eficácia à arrecadação de receita o Fisco precisava de *delatores*. A *delatio* era um

instituto jurídico de importância capital no trabalho do *publicanus* e do *procuratore fisci* pois muitas das receitas a recolher dependiam do seu conhecimento e isso só era possível através de denúncias e de informações prestadas pelo delator (denunciante; informador – não confundir com o acusador).

Não temos possibilidade de analisar aqui o caso apontado por Tácito como sendo a primeira *delatio* em Roma: quando o questor da província da Bitúnia, Caepio Crispinus, acusou Granius Marcellus, pretor dessa província e seu «chefe» do crime de lesamagistade; ou a delação de Judas em relação a Jesus, premiada com 30 moedas. Até Tibério o delator era uma parte processual (H. Steven, *Imperial inquisitions, Prosecutor and Informants from Tiberius to Domitian*, Rutledge, London, New York, 2001, pp. 3 e ss.; W. W. Flint, «The Delatores in the Reign of Tiberius, as Described by Tacitus», in *The Classical Journal*, Vol. 8, N.º 1 - Oct., 1912, pp. 37 e ss.). A partir do Baixo-Império, muda o processo tributário e o delator deixa de ser parte e passa a depôr como informador/denunciante. Constantino, num *edictum* de 312, proíbe a delação, designando-a como *exsecranda Pernicies* (Tullio Spagnuolo Vigorita, *Exsecranda Pernicies, Delatori e Fisco dell'età di Constantino*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 23 e ss.).

No século II, o *praefectus aerarii Saturni* chamava o delator (que escrevera a denúncia –*libellus inscriptionis*– no âmbito do processo *nominis delatio*) para depor, nas províncias senatoriais, perante o juiz (D.49.14.15.4), como escreveu Iulius Mauricianus, *Ad lex Iulia et Papia Poppaea* (o mesmo fazia o procurador do fisco, nas províncias imperiais), referindo também o papel do Juiz na validação ou não da *delatio*, consoante a causa, o objeto, a motivação (D.49.14.15 pr.). A partir de Nerva é o *praetor fiscalis* que representa o fisco nas ações contra os particulares (D.1.2.3).

O delator estava obrigado a comparecer em Juízo e podia ser intimado a fazê-lo. Feita a delação a prova tinha de ser documental (D.49.14.25) e o ónus da prova era do delator (D.49.14.25). Se não fosse feita prova cabal e convincente da acusação o delator era acusado de difamação e condenado em pena igual àquela em que incorria o denunciado e a pagar-lhe uma quantia idêntica à que queria receber do fisco (D.49.14.24). Se o delator insistisse na denúncia, por 3 vezes, sem conseguir provar o que dizia, não poderia voltar a ser delator e podia ser condenado a perder metade do seu património. Isto aplicava-se tanto ao delator como ao seu mandante ou instigador (D.49.14.24).

Se a delação tivesse sido instigada, o instigador era co-responsável com o delator. Se fosse falsa e o delator estivesse de boa-fé era o instigador que lhe pagava uma quantia idêntica ao «prémio» que o fisco lhe daria pela delação (D.49.14.15.1). Claro que, se a delação fosse provada o prémio para o delator

era ficar com uma parte (que podia ir até metade) do património do denunciado (e se o delator morresse podia o seu herdeiro receber o «prémio». Ver os prazos em D.49.14.1.2; D.49.14.1.3; D.49.14.1.5).

A máquina imperial romana precisava de dinheiro para manter a sua grandeza, para fazer face aos gastos da organização de um vasto espaço com concentrações urbanas significativas para a época. A delação foi uma das formas encontradas pelo poder político para melhorar a eficácia na arredação de receitas públicas, fazendo leis e permitindo expedientes processuais para tal. Nada há aqui de jurídico, por maior que seja a criatividade de quem procura juridicidade em denúncias anónimas, delações dirigidas e moralismos de ocasião que abrem a porta à violação de direitos essenciais das pessoas, violam regras elementares da civilidade jurídica, em nome da possibilidade de assim servir a sociedade na perseguição de criminosos e refratários no pagamento de impostos. Em Direito, os fins não legitimam os meios. Sobretudo quando os fins podem eventualmente beneficiar a sociedade e os meios prejudicam sempre as pessoas.

Mesmo em período de governo autocrático, em pleno Principado com inclinação para a monarquia absoluta, com o *princeps* a ser *legibus solutus* e uma imensa concentração de poderes na figura do imperador (já com a *iurisprudencia* submetida ao poder político expresso normativamente em leis feitas pelo *princeps*) o processo de delação fiscal/criminal estava rodeado de cuidados e exigências na possibilidade de delação, com um conjunto de medidas a responsabilizar e punir delatores, informadores, denunciantes e instigadores. Os Romanos sabiam os imensos riscos morais da delação para a república e que era uma acção que implicava a violação de regras fundamentais do Direito e a fragilização da defsa jurídica da pessoa humana.

A *delatio*, que é juridicamente um instituto infame desde Roma, abrindo a porta à calúnia, à má-fé, à perseguição pessoal, à vingança e ao linchamento de carácter, serve os poderes instituídos na governança e hoje até –nos países juridicamente mais atrasados ou em processo de regressão da sua civilidade jurídica– é aceite pela lei como um meio de prova no processo penal e no processo tributário.

O que acusa o autor de um crime que presenciou é uma pessoa honesta e responsável que serve o Direito, a Justiça e a Sociedade mostrando coragem e empenho no seu compromisso de cidadania. O delator, criminoso apanhado ou anónimo, que levanta uma suspeição porque lhe é conveniente faze-lo, seja qual for a conveniência que o motiva (a redução/isenção da pena pelo crime que cometeu ou a maldade, a inveja a vingança e o prejuízo causado à pessoa

delatada), é uma pessoa sem escrúpulos e desonesta que a sociedade deveria censurar (não premiar).

Em Roma a diferença entre o que denunciava um crime que presenciou ou de que tomou conhecimento de forma idónea e o delator era clara. A sociedade olhava para um e para outro de forma diferente e a *iurisprudencia* distinguia com clareza o encobrimento de um crime (*praevaricatio*) e a delação que levantava a suspeita sobre uma pessoa de ter praticado um crime e podia ser apenas uma calúnia (*calumnia*). O *Senatusconsultum Turpilianum*, no ano 61, tratou de ambas, *calumnia* e *praevaricatio* (ver a *lex Remmia* e D.47.15.6.).

Como seria bom que aqueles que hoje defendem a denúncia anônima e a elação premiada de forma despuorada e sem responsabilidade, julgando-se juristas porque têm uma competência titulada por uma Faculdade de Direito, tivessem a cultura jurídica suficiente para saber como estão contra o Direito, nas regras que pautam a sua identidade jurídica na defesa da pessoa humana e na limitação dos abusos de poder cobertos com a lei. Que soubessem o Direito Romano suficiente para conhecerem as fontes jurídicas daquilo que dizem e escrevem como solução para os problemas nas nossas sociedades em perigo de democratura.

A criação de *maiorias sujas* por demagogos com acesso à comunicação de massas (afastando os jornalistas) e o populismo justicialista de juízes, procuradores, legisladores, fazedores de opinião para que seja possível o recurso a este tipo de denúncia e de delação «por ser mais eficaz», não comove juristas prudentes. Pelo contrário, motiva-os para exercer a sua responsabilidade de falar, opor-se, escrever e ensinar contra a *nova infâmia*. Aquele que aproveita uma relação de confiança e a boa-fé de outrém para o trair levantando suspeições para se livrar de uma pena, para causar um prejuízo, ou para responder aos incentivos de órgãos de polícia ou judiciais não merece nenhuma tutela do Direito, nem por aí se alcança qualquer Justiça.

As Faculdades de Direito, feitas empresas de venda de diplomas, escolas profissionais vergadas às exigências do «mercado de trabalho», reduzindo o seu ensino à leitura e narrativa de leis e sentenças formam pessoas dóceis, acrílicas e dispostas a aceitar como possível o que lhes é apresentado como «bom e jurídico» sem contraditório efetivo e denso. Sem mudar o ensino jurídico universitário não será possível que os hoje designados juristas salvem as sociedades do abuso do Poder, através do Direito.

Tácito qualificou a delação que premeia o delator como «um instituto nocivo e maldoso destinado a torturar a vida da república». Os juristas romanos desprezaram o instituto da *delatio*. Marciano, no único texto dedica-

do ao tema, trata apenas do «delator de bens» (não de pessoas). O mesmo fizeram Calistrato e Paulo, no texto *De Iure Fisci et Populi*.

Já a autodelação, embora admitida com pequenos benefícios concedidos àquele que dizia o que fez (que se incriminava), estava cheia de limitações que revelam como os romanos entendiam negativamente o uso da *delatio*. Estavam excluídos da autodelação: senadores (D.49.18.1); condenados (D.49.18.2), (D.49.18.3), (D.49.18.4); militares e assalariados (D.49.18.5-6); tutores e curadores visando os seus representados (D. 49. 14. 18. 8); o escravo face ao dono (D.49.24.2.6), nos crimes de lesamagistade (C.10.11.6); o comprador de bens roubados em relação ao vendedor com o fim de evitar a pena (D.49.14.18.9).

Concluindo, o Poder político através da legislação fixou o primado do Público sobre o Privado, da sociedade sobre a pessoa, criando a ficção que só defendendo a sociedade como um todo por todos os meios eficazes para tal se pode defender cada uma das pessoas que nela vive. A *iurisprudencia* criadora do Direito fixou com clareza que primeiro está sempre a Pessoa humana, porque se a pessoa não estiver primeiro a sociedade não é uma entidade que a defende, mas que a fragiliza e despersonaliza. A Razão de Estado concretizada na Razão do Fisco, que permite uma legislação fiscal e criminal contrária às regras do Direito e aos valores do Jurídico deve ser denunciada na sua anti-juridicidade.

Para um jurisprudente poder cumprir esse papel, assumindo a responsabilidade do seu saber jurídico –de negar juridicidade às normas de direito fiscal criminal e de processo tributário penal– precisa de o fazer a partir do Direito Romano e da diferença aí criada entre a lei do fisco e a *iurisprudencia* que a ele se referiu.



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO