

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

DPTO. CIENCIAS HISTÓRICO-JURIDICAS

Derecho Romano
Grupos 1, 10, 21 y 22Curso 2023-24
Victoriano Sáiz LópezDERECHO ROMANO:
Materiales docentes programados

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que las fuentes textuales del Derecho romano nos llevan a considerar que este, por diversos motivos, como su dilatado periodo de vigencia directa, la amplitud de su ámbito de aplicación, etc., es un ordenamiento “completo”, “casuístico” y “polémico”.

“Completo”, puesto que abarca todas y cada una de las diversas manifestaciones de la vida económico-social y política. En este sentido, es posible identificar una pluralidad de sectores o particiones o ramas, que no rompen la unidad del ordenamiento jurídico. A saber, Derecho penal; Derecho de familia; Derecho de sucesiones *mortis causa*, en sus tres modalidades: testada, intestada y legítima contra testamento; Derecho privado de personas y del patrimonio, que comprende los derechos reales, los derechos de crédito y las obligaciones correlativas, contractuales y extracontractuales; Derecho procesal, penal y civil; Derecho fiscal y tributario; Derecho de los poderes del Estado y de las Administraciones públicas, de ámbito local, regional y central. Esto supuesto, resulta indudable que todo ello no puede ser abordado, ni siquiera de un modo aproximado, en una programación de contenidos que han de quedar reducidos a un solo cuatrimestre del primer curso del Grado en Derecho, de acuerdo con los actuales planes de estudio. Se impone, por tanto, la necesidad de sintetizar al máximo, en el intento de ofrecer una visión de conjunto, de carácter elemental e introductorio, que al menos plantee los temas fundamentales que han sido objeto de tratamiento, a lo largo del tiempo hasta nuestros días.

Por otro lado, “casuístico” significa que el modo de operar de los autores que asesoran a los operadores jurídicos y elaboran las obras y los textos jurídicos no parte de reglas generales, ni procede a aplicarlas por deducción, sino que llega a la formulación de *regulae iuris*, a partir de las soluciones *ad hoc* y respuestas singulares a las cuestiones prácticas planteadas: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*¹. El hecho de que conservemos hoy un repertorio de fragmentos selectos de jurisprudencia clásica recopilados en el Digesto o Pandectas es de gran importancia, puesto que ofrece una serie de elementos que siguen resultando idóneos para la formación intelectual, *fomentis*, del jurista contemporáneo. Si se prescindiera de esta dimensión casuística y jurisprudencial, dicha formación no llegaría a perfeccionarse plenamente.

Asimismo, el término “polémico” equivale a decir que las soluciones y conclusiones a que han llegado los juristas, y que constituyen la jurisprudencia, no son consideradas, al menos en época clásica, como expresión acabada y perfecta de verdades incuestionables e irrefutables. Se trata, más bien, de sentencias y opiniones que pueden ser unánimes,

¹ Digesto 50, 17, 1 (*Paulus libro XVI ad Plautium*).

mayoritarias o divergentes entre los autores². Este último aspecto sirve de aval a un método de estudio más dialéctico, problemático y argumentativo que dogmático, repetitivo y memorístico.

En estas condiciones, hay que señalar que el presente guion de ideas no es más que el resultado provisional del esfuerzo compartido y colaboración continuada entre los Profesores del Área de Derecho romano, con el apoyo técnico de D. Miguel Angel Albeza Piqueras, y los estudiantes, quienes con su disposición favorable y su dedicación han contribuido a la corrección y ampliación de los contenidos. Procede, pues, del aula y a ella va dirigido, con la pretensión de facilitar la labor a quienes se enfrentan a estos complicados asuntos. Mi sincero reconocimiento y gratitud a quienes, de un modo u otro, lo han hecho posible.

ÍNDICE

TÍTULOS	PAGS
1.- DERECHO Y MÉTODOS JURÍDICOS	6
2.- DERECHO E HISTORIA	12
3.- DERECHO Y RELIGIÓN	18
4.- DERECHO Y FUENTES	25
5.- DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO (INTERESES, BIENES, VIRTUDES, NORMAS)	32
6.- DERECHO Y RELACIÓN JURÍDICA	39
7.- DERECHO Y DISCIPLINAS AFINES EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA NATURAL, MORAL Y RACIONAL	45
8.- DERECHO PROPIO Y COMÚN (NACIONAL E INTERNACIONAL)	55
9.- DERECHO PROPIO Y RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN	61
10.- DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO	67
11.- DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL	79
12.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES	89
13.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES (CONT.): ANTECEDENTES DE HECHO Y CONSECUENTES DE DERECHO	100
14.- DERECHO Y LEGADO CICERONIANO	117

² *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi; idque rescripto diui Hadriani significatur.*

PARTE INTRODUCTORIA

1.- DERECHO Y MÉTODOS JURÍDICOS

- 1.1 Cuestión preliminar debatida: Concepción coactiva *versus* concepción directiva
- 1.2 Cuestión preliminar debatida: Dialéctica *versus* Axiomática
- 1.3 Caso práctico: *Oratio pro Milone*
- 1.4 Esquema

PARTE GENERAL

CONTEXTUALIZACIÓN Y DELIMITACIONES CONCEPTUALES

2.- DERECHO E HISTORIA

- 2.1 Noción dual antropológica de Naturaleza y Cultura, prehistórica e histórica, a partir de la terminología latina: *natura, cultura, historia*
- 2.2 Cuestión debatida: Versión rupturista contra versión continuista de la Historia del Derecho
- 2.3 Caso práctico: Acción negatoria de usufructo
- 2.4 Esquema

3.- DERECHO Y RELIGIÓN

- 3.1 Vocabulario grecolatino e idea de coexistencia del ordenamiento de la comunidad religiosa y de la comunidad política (*fas deorum, mos maiorum, ius humanum*)
- 3.2 Cuestión debatida: Cooperación *versus* separación
- 3.3 Caso práctico: Matrimonio de Claudio y Agripina
- 3.4 Esquema

4.- DERECHO Y FUENTES

- 4.1 Idea histórica y retrospectiva de pluralidad de fuentes del Derecho (*fontes iuris romani*)
- 4.2 Cuestión debatida: Ordenación clásica *versus* postclásica-justiniana
- 4.3 Caso práctico: Delito de robo flagrante
- 4.4 Esquema

5.- DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO (INTERESES, BIENES, VIRTUDES, NORMAS)

- 5.1 Concepción subjetiva-objetiva del *ius* y el Derecho
- 5.2 Cuestión debatida: Iusnaturalismo frente a iuspositivismo
- 5.3 Caso práctico: *Ignorantia iuris non excusat*
- 5.4 Esquema

6.- DERECHO Y RELACIÓN JURÍDICA

- 6.1 Idea pandectística de relación jurídica intersubjetiva, a partir del *vinculum iuris*
- 6.2 Cuestión debatida: Forma externa *versus* voluntad interna
- 6.3 Caso práctico: *Causa Curiana*
- 6.4 Esquema

7.- DERECHO Y DISCIPLINAS AFINES EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA NATURAL, MORAL Y RACIONAL

- 7.1 Orientación pluridisciplinar tradicional (*divinarum atque humanarum rerum notitia*)
- 7.2 Cuestión debatida: Concepción ideológica *versus* concepción científica del *ius* y el Derecho
- 7.3 Caso práctico: *Oratio contra Verres*
- 7.4 Esquema

PARTE ESPECIAL

DIVISIONES INTERNAS INTEGRADAS

8.- DERECHO PROPIO Y COMÚN (NACIONAL E INTERNACIONAL)

- 8.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico, propio de cada ciudad-estado y común inter-ciudadano o interestatal (*ius proprium-ius commune*)
- 8.2 Cuestión debatida: Tesis dualista frente a tesis monista
- 8.3 Caso práctico: Depósito bancario
- 8.4 Esquema

9.- DERECHO PROPIO Y RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN

- 9.1 Idea tradicional de recepción en Roma del Derecho común del Mediterráneo (*introductio*)
- 9.2 Cuestión debatida: Modelo descentralizado *versus* modelo centralizado
- 9.3 Caso práctico: Impuesto de sucesiones
- 9.4 Esquema

10.- DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

- 10.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico público-privado (*ius publicum-ius privatum*)
- 10.2 Cuestión debatida: Economicismo *versus* economía mixta
- 10.3 Caso práctico: Colación de la dote
- 10.4 Caso práctico: Dolo homicida eventual
- 10.5 Esquema

11.- DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL

- 11.1 Ideas romanas de distinción y de acumulación procesal penal y civil (*iudicium publicum- iudicium privatum*)
- 11.2 Cuestión debatida: Jurisprudencia de conceptos contra jurisprudencia de intereses
- 11.3 Caso práctico: Reclamación de paternidad extramatrimonial
- 11.4 Esquema

12.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES

- 12.1 Idea romana de subdivisión tripartita del ordenamiento jurídico: *ius personarum, ius rerum, ius actionum*
- 12.2 Cuestión debatida: Plan de GAYO frente a Plan de SAVIGNY
- 12.3 Caso práctico: Acumulación de acciones penales y civiles
- 12.4 Esquema

13.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES (CONTINUACIÓN):
ANTECEDENTES DE HECHO Y CONSECUENTES DE DERECHO

13.1 Idea tradicional de prueba de los hechos jurídicos, expresados mediante proposiciones descriptivas (*probatio, praesumptio facti*)

13.2 Idea tradicional de interpretación del Derecho aplicable al caso acreditado, mediante proposiciones heterogéneas. Ponderación de la equidad y aplicación (*interpretatio, demonstratio iuris*)

13.3 Caso práctico: Propiedad y posesión

13.4 Caso práctico: Acción y reconvención

13.5 Esquema

14.- DERECHO Y LEGADO CICERONIANO

14.1 Idea ciceroniana de síntesis greco-latina

14.2 Cuestión recapituladora: Sofística jurídica frente a Filosofía jurídica

14.3 Caso práctico: *Tu quoque*

14.4 Esquema

1.- DERECHO Y MÉTODOS JURÍDICOS

1.1 Cuestión preliminar debatida: Concepción coactiva *versus* concepción directiva

Nuestro término actual, el adjetivo “jurídico”, al igual que sus equivalentes en otras lenguas contemporáneas, tiene su origen en el sustantivo latino clásico *ius-iuris*³, cuyo antónimo sería precisamente *iniuria* (ofensa). Del mismo modo, a partir de los vocablos *directum* y *rectum*, que podemos considerar sinónimos postclásicos, han surgido las expresiones “derecho” y “right”, así como otras muchas, que acaban siendo, de un modo u otro, semejantes. Todas ellas presentan diversos significados, que varían según el contexto en que sean empleadas y que han ido acumulándose al sentido inicial originario.

Dentro del campo semántico del *ius*, se encuentran expresiones como *iudicium*, *iudex*, *iustus*, que nos llevan a las ideas básicas siguientes: modo de arreglo pacífico de controversias; mediador entre dos partes litigantes; neutralidad e imparcialidad del mediador, etc. Igualmente, *directum* y *rectum* corresponden a los verbos dirigir y regir, *dirigo*, *rego*, *regula*, esto es, gobernar rectamente la comunidad. Todo ello nos permite albergar la noción del Derecho y lo jurídico, en el sentido de ordenación, organización, regulación de la convivencia en el seno de una sociedad preestablecida⁴.

En cambio, el término *vis*, que significa coactividad, coacción externa, etc., no es expresión de un sinónimo de *ius*. Además, el vocablo *vigor*, no deriva de *vis*, sino de *vigeo*, esto es, tener vitalidad o fortaleza interna. Nos preguntamos, pues, si *vis* es, en realidad, un antónimo de *ius*. Marco Tulio CICERÓN (actuando como abogado defensor⁵ o tratando de principios éticos⁶) contrapone la idea de legitimidad a las situaciones históricas de conflictividad bélica y post-bélica, en las que reina *de facto* la coerción, *vis* y, en último término, se impone la razón de la fuerza, es decir, la coactividad y la coacción física y psíquica que imponen determinados modos de comportamiento y relación interpersonal, así como las consecuencias derivadas de su falta de acatamiento. Rechaza así la posición mantenida por Julio CÉSAR, calificándola de tiranía, quien en cuanto jefe militar conquistador de la Galia y vencedor de la guerra civil, *De bello Gallico* y *De bello civili*, pone de relieve la importancia de la fuerza armada, quebrantando el principio ancestral que separaba radicalmente *imperium domi* e *imperium militiae*.

Se plantea así la eterna discusión entre una concepción “coactiva” y otra “directiva” del ordenamiento jurídico, que todavía persiste en la actualidad⁷: La primera de ellas se centra en la relación necesaria e inexorable que asocia poder político consolidado y legalidad, de modo que sin coacción la ley carece de vigencia y eficacia⁸. Desde la segunda

³ Juan COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, II, Madrid, 1954.

⁴ Suele afirmarse que, en la mentalidad griega, la Ética y la Política ostentan una posición predominante con respecto al Derecho. En la concepción aristotélica, la ley civil vigente tiene un alcance más bien negativo que positivo, puesto que es mera garantía contra la injusticia, pero de suyo carece de poder efectivo para hacer justos a los ciudadanos (Pol. III 5,1280b32). Así las cosas, el término griego *vóμος* alude precisamente a uso social, costumbre, etc., esto es, a modo reiterado de convivencia pacífica. Asimismo, *Δίκη* se relaciona con justicia, en el sentido de criterio firme de solución judicial de controversias.

⁵ *Oratio pro Milone* 4, 10, *silent leges inter arma*.

⁶ *De Officiis* I, 77 *cedant arma togae*.

⁷ En este sentido, Luis LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1978, págs. 385 y ss.

⁸ Según Hans KELSEN, citado por L. LEGAZ, el Derecho es orden coactivo, *Zwangsvordnung (Reine Rechtslehre*, pág. 35).

perspectiva se insiste en la tendencia ineludible a ir más allá de la sola imposición a corto plazo, situación excepcional y transitoria de conflicto abierto, para llegar a unas condiciones, al menos básicas, de normalización, estabilidad e incluso vinculación social⁹.

Si nos atenemos estrictamente a las fuentes y los textos romanos, distinguimos dos manifestaciones de la *vis*, a saber, *vis* agresiva y defensiva, quedando esta última subdividida en *vis* preventiva o disuasoria y *vis* efectiva o ejecutiva. La primera de ellas es ilícita y está prohibida por la norma jurídica, *vim fieri veto, crimen vis*¹⁰; la segunda tiene por objeto, en principio, prevenir y tratar de evitar la *vis* agresiva, permitiendo la preparación y mantenimiento de unos recursos potencialmente eficaces, *si vis pacem para bellum*¹¹. Y, en última instancia, la ejecutiva viene regulada por la ley, ejerciéndose dentro de los cauces y con los límites preestablecidos, *arma armis repellere licet; vim vi repellere licet*¹².

En conclusión, suele admitirse el carácter no esencial ni exclusivo sino accidental y reiterativo de la coacción en el campo jurídico por razón de prohibición, limitación y refuerzo. En efecto, el *ius* viene a prohibir la *vis* agresiva y delimitar la *vis* defensiva, siendo posible, y además recomendable, que el acatamiento del mismo se realice de manera espontánea, libre y voluntaria, no por el miedo o el terror a las sanciones. Asimismo, de acuerdo con M. T. CICERÓN, *quid est enim civitas nisi iuris societas?*¹³, el ordenamiento jurídico presupone un orden social y político basado en reglas de conducta cuya transgresión no resulta indiferente, de tal modo que a la sanción del rechazo social y la desconfianza se acumula la sanción jurídica. Esto supuesto, nos preguntamos cuál sería entonces su carácter esencial, descartado el carácter coactivo. Se exige, en suma, que el *ius* cumpla la función directiva de la comunidad, conforme al sentido del término *directum*, sin la cual esta no llegaría a consolidarse.

Más concretamente, suele afirmarse que el orden mundial actual tiene a su base los acuerdos de Yalta y Potsdam, consecuencias inmediatas de la segunda guerra mundial y antecedentes de la Carta de Naciones Unidas y posterior Declaración universal de derechos humanos.

<https://www.rtve.es/alacarta/audios/documentos-rne/documentos-rne-yaltapotsdam/5433142/>

⁹ Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, París, 1950, págs. 3 y ss.

¹⁰ Digesto 43, 17, 1; D. 50, 17, 152 pr.: *Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat.*

Art. 2.4 Carta de Naciones Unidas de 1945 <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>

Manuel DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 2008, págs. 1033 y ss.

¹¹ Flavio VEGECIO, *De re militari* 3.

¹² Digesto 9, 2, 45, 4.

¹³ *De re publica* 1, 32.

1.2 Cuestión preliminar debatida: Dialéctica *versus* Axiomática

Según parece, la esencia del Derecho no residiría en la coacción, sino en la dirección. Por ello, se requiere un método, es decir, un procedimiento razonado de investigación, aprendizaje y enseñanza que permita alcanzar unos fines a partir de los medios de que se dispone. La complejidad inherente al conocimiento jurídico excluye la unidad metódica y favorece la diversidad e incluso contraposición de orientaciones en esta materia, entre las cuales destacamos dos: el método dialéctico y el método axiomático. La dialéctica tiene tres notas distintivas: subsidiaria (se recurre a ella a falta de un método más seguro), práctica (se aplica en la toma de decisiones) y convencional (se basa en criterios admitidos por ambas partes contendientes). La axiomática, en cambio, se considera principal (se recurre a ella, ante todo), teórica (se aplica en la elaboración de sistemas abstractos de conocimiento) y racional estricta (se basa en criterios considerados universales y permanentes).

El método dialéctico (*διαλεκτική, dialectica*), así como su complementario, el método retórico (*ρήτορική, rhetorica*), probablemente los más antiguos, parten de una *quaestio* o cuestión, es decir, un juicio dudoso expresado por una proposición interrogativa que, por su dificultad, no admite una solución unilateral, definitiva, irrefutable y verídica, sino que da lugar al debate y la discusión, a través de la confrontación de argumentos, para llegar a una *opinio, δόξα*, esto es, respuesta meramente verosímil o probable, en mayor o menor medida, que puede ser unánime, *communis opinio* compartida por los autores o, a falta de unanimidad, tan solo mayoritaria, frente a otra minoritaria.

El origen del método retórico se encontraría en el escepticismo y relativismo de los sofistas (PROTÁGORAS, GORGIAS, etc.), frente a los que SÓCRATES¹⁴ y PLATÓN, en sus diálogos, recurren a la ironía y proponen su dialéctica mayéutica. Por su parte, ARISTÓTELES representa la fe en el *logos, λόγος*, al que dedica una de sus obras. Admite los tópicos y la dialéctica, pero considerándolos como un método imperfecto y rechazando la retórica de los sofistas.

En Derecho romano, se dejará sentir la influencia y recepción de la filosofía griega, de tal manera que la actividad forense del abogado, *advocatus*, cuya figura más emblemática es precisamente M. T. CICERÓN, siguiendo el modelo del diálogo platónico y la tópica aristotélica, dará lugar a la Retórica y la Oratoria jurídicas¹⁵.

Asimismo, la jurisprudencia práctica clásica elaborada por los juristas va a seguir el rumbo marcado por la Tópica¹⁶ y la Dialéctica, como ponen de manifiesto los fragmentos conservados en el Digesto de Justiniano de sus *libri responsorum* y *libri quaestionum*. Los primeros exponen soluciones ante cuestiones sobre las que existe una *communis opinio* compartida entre los autores, mientras que los segundos se limitan a presentar cuestiones en torno a las cuales todavía no existe un amplio consenso. Más adelante, Isidoro DE SEVILLA¹⁷, conservador y difusor de la cultura pagana clásica, sentará las bases de la metodología medieval basada en el *Trivium* (Gramática, Retórica y Dialéctica)

¹⁴ SÓCRATES intuye que el conocimiento sensorial está sujeto a límites infranqueables y lo explica recurriendo a la alegoría de la caverna, en el Diálogo sobre la República 7, 1 y ss. Subyace también aquí un cierto escepticismo. Frente al mundo sensible, se encuentra el de las ideas.

¹⁵ Kornél ZOLTÁN, *Advocatus romanus*, Buenos Aires, 1971.

¹⁶ Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Pamplona, 2007.

¹⁷ *Etimologías*, ed. bilingüe BAC, Madrid, 1982.

y el *Quadrivium* (Aritmética, Geometría, Astronomía y Música). El método dialéctico será incluso aplicado por Tomás DE AQUINO en relación con la Teología.

Por el contrario, entendemos el método axiomático como aquel que sostiene la existencia de una serie de proposiciones que son consideradas notorias o evidentes por sí mismas (*αξίωμα*, *axioma*) y admitidas sin necesidad de prueba ni demostración, a partir de las cuales alcanzamos nuevas conclusiones a través de la deducción. Opera por medio de silogismos, categóricos o hipotéticos, que constan de una premisa mayor y de una premisa menor, para llegar a una conclusión necesaria e irrefutable en términos de lógica y racionalidad.

Su origen se encuentra en los Tratados de Lógica de ARISTÓTELES, en el apartado dedicado a los Analíticos¹⁸.

Y puede afirmarse en este sentido que, durante la etapa final postclásica y justiniana del Derecho romano de la antigüedad y por influjo del helenismo, el proceso de codificación de leyes y compilación de jurisprudencia, que dará lugar al *Codex*, *Digestum* e *Institutiones*, sigue esta orientación que pretende ser sistemática y exhaustiva.

Lo cierto es que este método de inspiración axiomática y deductiva mostró muy pronto su ineficiencia en la vida práctica económico-social y forense, puesto que fue necesaria la promulgación de muchas leyes nuevas, *Novellae leges*, que vinieron a romper la unidad e integridad del sistema jurídico. Además, durante la Edad Media, los glosadores y los comentaristas, en el marco del *ius commune*, no van a limitar su labor a una mera interpretación literal del texto compilado transmitido por la tradición, sino que van a crear un cuerpo doctrinal que se superpone a la *lex* y la *iurisprudentia*.

Sin embargo, la axiomática alcanzará su apogeo, en el ámbito académico universitario, con ocasión del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna¹⁹.

En conclusión, el método retórico y dialéctico prevalece en el campo del debate público, tanto el político, legislativo y de gobierno, como el forense de la abogacía, la judicatura y la jurisprudencia práctica y pedagógica, mientras que el axiomático tiende a dominar en el plano doctrinal codificador, dogmático y teórico general. Parece, pues, preferible adoptar aquí la primera de estas metodologías. A partir de este momento, se plantean diversas cuestiones que giran en torno a dos grandes polos: introversión y extroversión. El primero de ellos se centra en las ideas, de carácter intelectual y moral, que residen en la dimensión síquica y espiritual del ser humano y sigue la orientación idealista, dialéctica del espíritu. El segundo se asienta en la constatación experimental de los fenómenos sensibles y se desarrolla a través de dialéctica materialista.

¹⁸ <https://www.um.es/noesis/archivo/2022/AnPost-es.pdf>

¹⁹ Agustín BARBOSA, *De axiomatibus iuris usufrequentioribus*, Lyon, 1718, p. 109.
<https://books.google.es/books?id=A5NyLEeUiTIC&printsec=frontcover&dq=barbosa+de+axiomatibus&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj4aSd1ajnAhWksBQKHSTDUgQ6AEIMjAB#v=onepage&q=barbosa%20de%20axiomatibus&f=false>

1.3 CASO PRÁCTICO: *ORATIO PRO MILONE*²⁰

LA CONDICIÓN DE ESTABILIDAD SOCIAL PARA LA EXISTENCIA DEL *IUS* (*Vis legibus inimica*)

Antecedentes de hecho:

En plena crisis de la República (siglo I a. C.), la rivalidad y la enemistad entre T. Milón (del partido conservador senatorial) y P. Clodio (del partido de los populares) eran hechos públicos y notorios. A resultas de una pendencia entre ambos, al frente de sus séquitos, quedó P. Clodio muerto. Acusaron, pues, a T. Milón en 701 a. U. c. Abogó por él M. T. Cicerón, alegando la circunstancia eximente de legítima defensa, aunque no con el aliento acostumbrado, por los gritos amenazadores que daban los partidarios de Clodio. Pompeyo, que era el único cónsul, tenía apostadas las fuerzas de seguridad para reprimir a los clodianos, quienes pretendían mediante intimidación que se condenara al acusado. Fue juez pesquisador L. Domicio, actuando ante un tribunal popular de cincuenta y un jueces. Habiendo sido condenado Milón, se fue desterrado a Marsella. En definitiva, el discurso en su defensa (*Oratio pro Milone*) fue redactado y reelaborado por M. T. Cicerón con posterioridad y, por tanto, no corresponde realmente a la intervención del abogado en el momento del juicio oral. Triunfaron, en efecto, las coacciones, físicas y psíquicas, en un clima pre-bélico ajeno a la condición de estabilidad en que se desenvuelve el ordenamiento jurídico.

Fundamentos de derecho:

En este caso, se trata de las normas reguladoras del proceso penal y represoras del delito de homicidio. Pero, con carácter preliminar, el Derecho exige unas condiciones mínimas preexistentes de estabilidad, fuera de las cuales se halla tan solo el conflicto abierto entre fuerzas contrapuestas, *bellum omnium contra omnes*. El cumplimiento de tales exigencias mínimas de paz, orden, seguridad y racionalidad hace que, frente a la “razón de la fuerza”, surja la “fuerza de la razón”. Cuando Cicerón afirma que las leyes enmudecen en el enfrentamiento armado (*silent leges inter arma*²¹), viene a denunciar la ausencia de las garantías imprescindibles para el ejercicio de la actividad jurídica en sus diversas manifestaciones, aunque se guarden las formalidades aparentemente. Es necesario que las armas cedan su puesto a la toga y los laureles del general al mérito civil²².

²⁰ <https://dokumen.tips/documents/cicero-marco-tulio-en-defensa-de-milon-bilingue.html?page=2>

²¹ *Pro Milone* 4, 11.

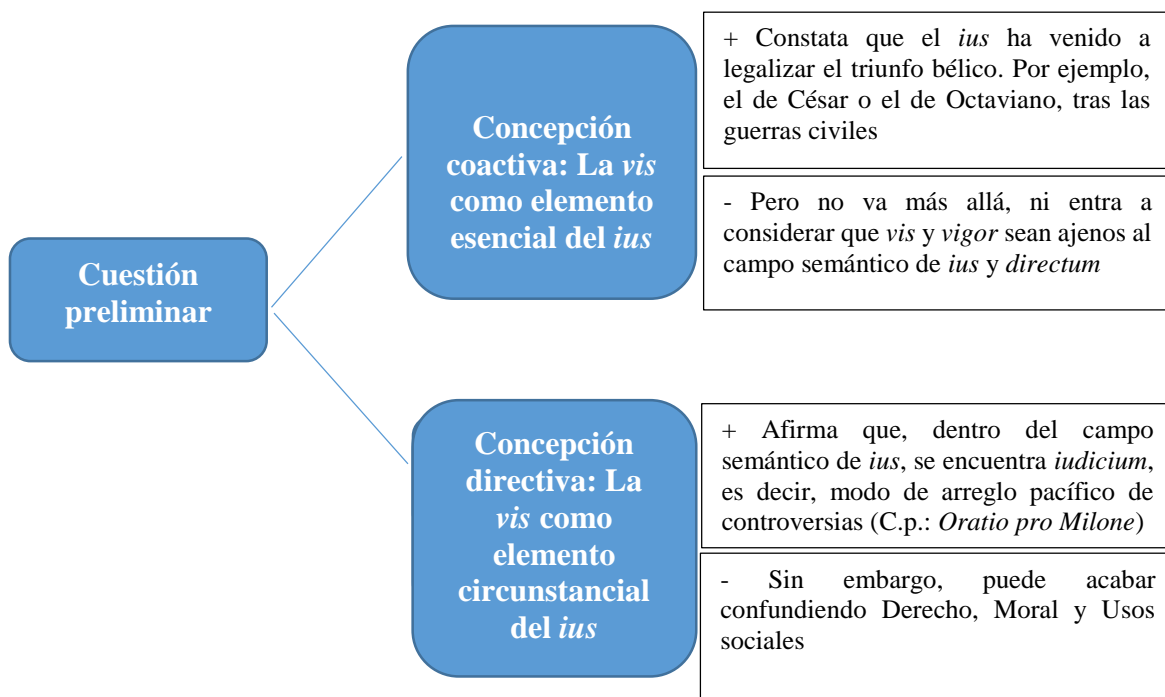
<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/milo.shtml>

²² *De Officiis* 1, 77: *Cedant arma togae concedat laurea laudi*.

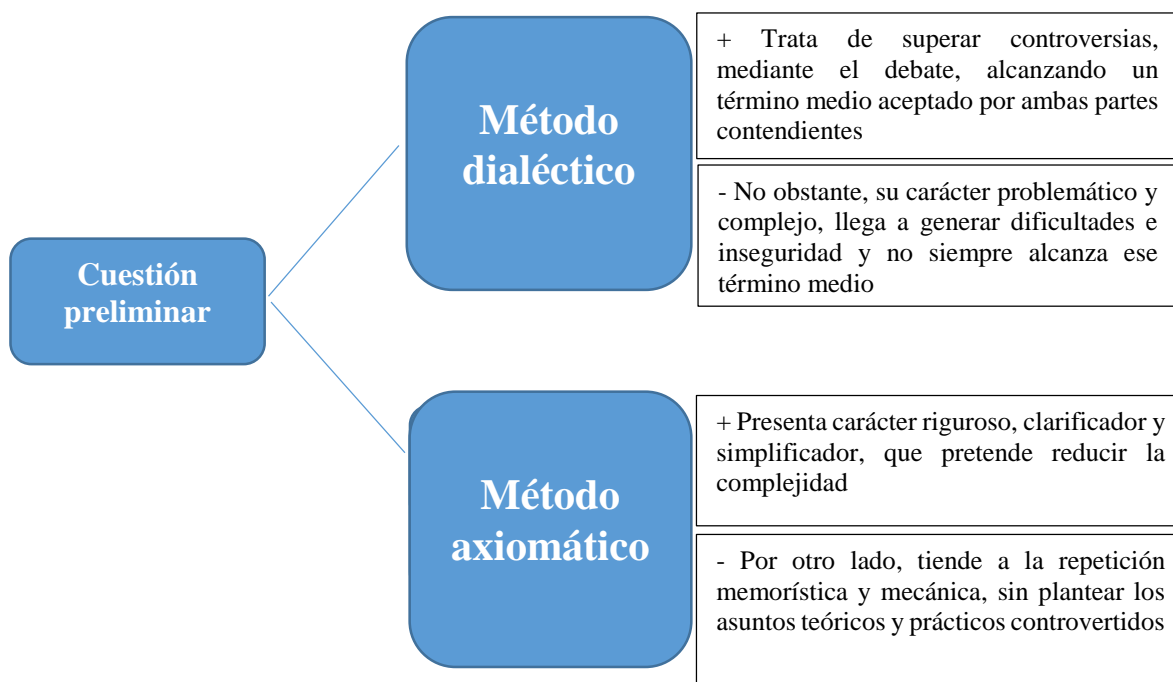
<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>

1.- DERECHO Y MÉTODOS JURÍDICOS

1.1 Cuestión preliminar debatida: Concepción coactiva *versus* concepción directiva



1.2 Cuestión preliminar debatida: Dialéctica *versus* Axiomática



2.- DERECHO E HISTORIA

2.1 Noción dual antropológica de Naturaleza y Cultura, prehistórica e histórica, a partir de la terminología latina: *natura, cultura, historia*

Los juristas romanos parten de la *naturalis ratio*, razón natural (sindéresis), como presupuesto de la conducta humana en las relaciones que contempla el Derecho. Se trata de una idea matriz, de raíz antropológica e histórica. Según la Antropología actual, el ser humano responde a condiciones, en parte, naturales y, en parte, culturales²³. Ante todo, “Naturaleza” es información genética, responsable del desarrollo y funcionamiento del organismo humano e incluso del animal, acumulada a lo largo de un inmenso proceso evolutivo de unos 4000 millones de años, a partir del origen de la vida, y situada en el núcleo de las células (ácido desoxirribonucleico), que se transmite de generación en generación, de modo inmediato, en el momento del nacimiento. Presenta carácter primario, independiente de la voluntad humana y regular. Responde a leyes necesarias, pero también a otros factores de carácter aleatorio²⁴.

En segundo lugar, “Cultura” es información complementaria acumulada por la experiencia de transformación del medio natural, a lo largo de un extraordinario proceso de unos 2,5 millones de años, desde la aparición del *homo habilis*, y situada en las neuronas del cerebro, que requiere de operaciones mentales como la enseñanza, el aprendizaje la reminiscencia, el recuerdo. Presenta carácter secundario, dependiente en parte de la voluntad humana e irregular. Aunque responde, en cierta medida, a leyes necesarias, resulta imprevisible e impredecible, en términos generales.

La cultura humana, a su vez, se divide en prehistórica, hasta la aparición de la escritura, alrededor del 4000 a. C., e histórica, desde entonces hasta hoy día, periodo insignificante comparado con los anteriores. Prehistoria e historia son, pues, las dos manifestaciones de la cultura, que se encuentran presentes en la memoria. Más en particular, la historia admite una doble acepción. En sentido interno, es experiencia acumulada por los miembros del grupo, que se agrega a la del código genético y a la cultura prehistórica, mientras que la historia, en sentido externo, es estudio de la documentación escrita que, proveniente del pasado, se ha transmitido hasta hoy, en diversas versiones, como la epigráfica, papirológica, manuscrita e impresa. A todo lo cual se suma la versión digital más reciente.

Según parece, los autores antiguos, pese a carecer de los conocimientos empíricos actuales, ya poseen un saber intuitivo ancestral sobre esta materia, a tenor de la terminología greco-latina. Tienen conciencia de que el ser humano no es procreación *ex nihilo*, ni unidad amorfa *tamquam tabula rasa*. Por una parte, conciben el *κόσμος, cosmos*, la *φύσις*, la *natura (nascor)*, es decir, el orden cósmico, el medio natural, la herencia genética de los antepasados transmitida por el hecho biológico del nacimiento. Por otra parte, la *cultura (colo)*, o experiencia humana adquirida en la transformación del medio natural, que es propia del *ζῆλον πολιτικόν*. Asimismo, se recurre a la tradición mítica, que idealiza una fase inicial áurea o paradisíaca ya perdida, abriéndose, tras la ruptura del

²³ Conferencia: Jesús MOSTERÍN, *Natura y Cultura*.

<https://www.youtube.com/watch?v=toJM3mW1kvE>

²⁴ Jacques MONOD, *El azar y la necesidad*, 1970.

<https://www.redalyc.org/pdf/364/36430103014.pdf>

equilibrio natural, un periodo incierto e indefinido de errores y correcciones, éxitos y fracasos. A ese *status naturalis* primigenio suele atribuirse, por ejemplo, la comunidad universal de bienes, rota con posterioridad por las injusticias: *natura omnia omnibus in commune profudit; usurpatio ius privatum fecit*²⁵.

En este orden de ideas, según Isidoro DE SEVILLA²⁶, la palabra latina *historia* procede del término griego *ἱστορία*, que significa testimonio fidedigno, es decir, narración sin falsedad de hechos humanos ya acontecidos para que puedan ser recordados. En efecto, frente al testimonio dejado por Julio CÉSAR (100-44 a. C.) en sus obras *De bello Gallico* y *De bello civili*, se alza Marco Tulio CICERÓN (106-43 a. C.), quien de modo sintético nos resume las exigencias que ha de cumplir el historiador, en cuanto emisor del mensaje: *Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*²⁷.

Con posterioridad, entre los historiadores en lengua latina, podemos citar a Tito LIVIO (64 o 59 a. C. – 17 d. C.) *Ab Urbe condita libri*²⁸; Cornelio TÁCITO (55-120 d. C.) *Historiae*; Cayo SUETONIO (hacia 75-140 d. C.) *De vita duodecim Caesarum*; Procopio DE CESAREA (500-560 d. C.) *Ἀπόκρυφη Ἱστορία*; lat. *Historia Arcana*²⁹, cuyas informaciones han de ser contrastadas entre sí y con otras fuentes, por parte del historiador receptor del mensaje.

En conclusión, este receptor ha de poner en cuestión el relato mítico, legendario, apologético, hagiográfico o interesado, así como evitar juzgar y condenar los hechos del pasado desde una pretendida superioridad moral contemporánea.

²⁵ Digesto 1, 1, 5.

²⁶ *Etimologías*, ed. bilingüe BAC, I, Madrid, 1982, pág. 358.

²⁷ *De Oratore* 2, 36.

²⁸ Este autor suele ser enmarcado en el contexto del programa de propaganda en favor del nuevo régimen del Principado de Augusto.

Conferencia: Eva TOBALINA, *Augusto emperador, mecenas de las artes*.

<https://www.youtube.com/watch?v=MASXM67aQ1w>

²⁹ Conferencia: Adolfo DOMÍNGUEZ MONEDERO, *Justiniano el Grande y el imperio bizantino*.

https://www.youtube.com/watch?v=GAU_TnF7BsA

2.2 Cuestión debatida: Versión rupturista contra versión continuista de la Historia del Derecho

En la lengua latina, los términos *evolutio* y *revolutio* derivan del mismo verbo, *volvo*, que significa girar o rodar. Así, por ejemplo, en el Tratado de Astronomía de Nicolás COPÉRNICO, *De revolutionibus orbium coelestium*, 1543, *revolutio* equivale a movimiento constante de rotación y traslación. La polémica entre revolución y evolución es contemporánea y solo resulta aplicable a las Ciencias humanas y sociales, no a las Ciencias naturales. En efecto, el método evolutivo prevalece en las Ciencias naturales, entre las que se encuentra la Biología, mientras que, en las Ciencias sociales, frente al método evolutivo (Herbert SPENCER, darwinismo social), han surgido otros alternativos, como los derivados del empirismo, el positivismo o el materialismo histórico.

Más en particular, “Derecho contemporáneo” es conjunto de ordenamientos de ámbito nacional e internacional que han surgido con motivo de la descolonización y caída del régimen estamental, siendo ahora la Nación-Estado la comunidad política por excelencia, tanto en los territorios de las antiguas metrópolis, que se concentran en sí mismas, como en el de las antiguas colonias, que acceden a la independencia³⁰.

“Historia del Derecho” es disciplina jurídica especializada surgida en el siglo XIX, que sigue, en principio, una orientación rupturista de origen revolucionario francés, difundida con ocasión de las conquistas napoleónicas. Por otro lado, la Escuela histórica del Derecho surge en Alemania, *Historische Rechtsschule*, siguiendo una orientación continuista o evolutiva, a partir del estudio y edición crítica de las fuentes del Derecho romano, canónico y germánico. La visión rupturista y creadora *ex novo* presenta carácter nacional, retroactivo y retrospectivo, pendiente del pasado, ya no del presente. Tiene como argumento principal la antítesis Estado de derecho frente a Estado absoluto³¹. Sin embargo, lo cierto es que la vieja noción de soberanía sigue siendo la clave del modelo constitucional y que la voluntad general nacional o popular, en realidad, no es unánime, ni directa, sino mayoritaria y delegada mediante representación orgánica³².

La continuista, en cambio, es supranacional o progresiva, institucional y jurisprudencial, pero no normativa, y se apoya en el texto clásico de ULPIANO³³ que distingue claramente

³⁰ Jorge DE ESTEBAN, *Constituciones españolas y extranjeras, II, Declaración de independencia de Estados Unidos de 1776*, Madrid, 1977, págs. 420-22.

<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>

³¹ Robert von MOHL acuña el término *Rechtsstaat*, Estado de Derecho, como superación del Estado absoluto, *Machtstaat*. En el mundo anglosajón, se recurre a la expresión *Rule of law*. Pablo LUCAS VERDÚ, Elías DÍAZ etc. introducen el concepto Estado de Derecho que pasará a la Constitución española de 1978, art. 1.1.

Sin embargo, Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, 1986, pág. 315, considera que esta formulación no es más que un pleonismo, puesto que todo Estado es de Derecho, en la medida en que es respetado por su pueblo, con independencia de la forma de gobierno que adopte.

³² <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0202110041A/6917>

Antonio FERNÁNDEZ GARCÍA, La cuestión de la soberanía nacional.

³³ Reglas del jurista clásico ULPIANO 3. *Lex aut ‘rogatur’, id est fertur; aut ‘abrogatur’, id est prior lex tollitur; aut ‘derogatur’, id est pars primae legis; tollitur; aut ‘subrogatur,’ id est adicitur aliquid primae legi; aut ‘obrogatur’, id est mutatur aliquid ex prima lege*. “La ley o ha sido rogada, esto es, hecha *ex novo*; o abrogada, es decir, abolida; o derogada, esto es, transformada parcialmente; o ha sido subrogada, es decir, ampliada en su ámbito de vigencia, o ha sido obrogada, es decir, cambiada en algún detalle”.

las nociones de *rogatio*, *abrogatio* y *derogatio*, es decir, propuesta de ley innovadora, supresora, modificadora.

Por lo que se refiere al Derecho comparado, en Francia y en los nuevos Estados iberoamericanos que nacen tras la descolonización, habría triunfado, aunque formalmente³⁴, la concepción rupturista. En Alemania, predominan en principio los postulados de la Escuela histórica: El Derecho surge de la conciencia o espíritu de cada pueblo, *volksgeist*, a través de la costumbre, *tacitus consensus populi*. Se rechaza la codificación según el modelo francés, de modo que el BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, no entrará en vigor hasta el año 1900³⁵.

En el mundo anglosajón, pervive el *Common Law* y la *equity*³⁶. En el ámbito hispánico, la polémica entre Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ y Américo CASTRO pone de relieve la dificultad de extrapolar la noción contemporánea de Nación-Estado³⁷ a tiempos pretéritos. Frente a los partidarios del modelo codificador de origen francés (Florencio GARCÍA GOYENA, Manuel ALONSO MARTÍNEZ), la Real Academia de la Historia y otros autores (Ildefonso GARCÍA DEL CORRAL) llevan a cabo una labor ingente de edición y traducción de las fuentes tradicionales. En definitiva, el art. 1976 del Código Civil deroga los cuerpos legales tradicionales, pero los Derechos forales y especiales subsisten, adquiriendo nuevo impulso con la Constitución de 1978, disp. adicional 1ª.

En conclusión, tras un periodo inicial de triunfo parcial de la concepción rupturista, tiende a reaccionar la concepción evolutiva, sobre todo en el ámbito europeísta: Francesco CALASSO, Jean GAUDEMET, Robert FEENSTRA, Helmut COING, Peter STEIN. En España y Latinoamérica, Antonio PÉREZ MARTÍN, AIDROM, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Esta disciplina no queda recluida definitivamente en el mundo antiguo, sino que se restaura su tradición medieval, moderna y contemporánea.

³⁴ *CODE CIVIL, avec des notes indicatives des lois romaines*, H.J.B. Dard, París, 1805.

<https://books.google.es/books?id=8kZfAAAACAAJ&pg=PR11&dq=CODE+CIVIL,+avec+des+notes+indicatives+des+lois+romaines,+H.J.B.+Dard,+Par%C3%ADs,+1805&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewjz0ia8fnrAhXTCWMBHefaAaUQ6AEwAXoECAEQAg#v=onepage&q=CODE%20CIVIL%2C%20avec%20des%20notes%20indicatives%20des%20lois%20romaines%2C%20H.J.B.%20Dard%2C%20Par%C3%A4Ds%2C%201805&f=false>

³⁵ Los postulados de la Escuela histórica (Friedrich von SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Granada, 2005) acabarán cediendo ante los de la codificación, auspiciados por los tratados sistemáticos de pandectas (Bernhard WINDSCHEID).

³⁶ J. DE ESTEBAN, Ob. cit., *Constitución británica consuetudinaria*, págs. 511 y ss.

³⁷ Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1977, retrotrae la Historia del Derecho español a la época paleolítica.

<https://www.rtve.es/alacarta/audios/documentos-rne/documentos-rne-polemica-historica-sanchez-albornoz-americo-castro/4602792/>

2.3 CASO PRÁCTICO: ACCIÓN NEGATORIA (*ACTIO NEGATORIA*)

(*Negantis nulla est probatio*)

Antecedentes de hecho:

Tras la entrada en vigor del Código Civil español, que vino a derogar en su conjunto el ordenamiento jurídico precedente³⁸, Julio adquirió el derecho de propiedad sobre determinada maquinaria agrícola, a título de heredero universal designado en el testamento paterno. Asimismo, en dicho testamento se otorgó el derecho real de usufructo vitalicio sobre la citada maquinaria agrícola a su hermano mayor, el cual falleció cierto tiempo después. A continuación, Julio presentó en juicio acción negatoria de usufructo contra un sobrino, concretamente el hijo del hermano ya fallecido, que pretendía la titularidad del usufructo sobre el mencionado bien.

Fundamentos de Derecho:

La interpretación literal de los artículos 348³⁹ y 468⁴⁰ del Código Civil llevó al Juzgado de primera instancia a absolver al sobrino demandado, estimando que Julio, demandante, no había probado que su derecho de propiedad estaba libre de cargas, es decir, que no estaba gravado con usufructo, lo cual resultaba rechazable por imposible o absurdo. Por este motivo, el Tribunal Supremo en sentencia que resolvía el recurso de casación (STS 31-03-1902⁴¹) dio la razón al demandante. Basándose en los precedentes históricos⁴², consideró subsistente el instituto de la *actio negatoria*⁴³ del Derecho romano de la recepción, a pesar de que el Código Civil no la contempla expresamente, de tal modo que corresponde al demandado la carga de probar la constitución del usufructo y no al demandante probar la inexistencia del usufructo, en este tipo de procesos especiales en que se ejercita la acción negatoria, que no ha de confundirse con la acción reivindicatoria⁴⁴.

La distinción de ULPiano entre *rogatio*, *abrogatio* y *derogatio* resulta muy útil a este propósito.

³⁸ Art. 1976. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

³⁹ *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo.

⁴⁰ *El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción.*

⁴¹ https://www.agtvm.com/Accion_Negatoria.pdf

⁴² Partida 3, 28, 1 ss. y Partida 3, 31, 20 ss.

Agustín BARBOSA incluye la fórmula *negantis nulla est probatio* entre sus axiomas, *De axiomatibus iuris usufrequentioribus*, Lyon, 1718, p. 109. En realidad, es una regla práctica de reparto de la carga de la prueba.

<https://books.google.es/books?id=A5NyLEeUiTIC&printsec=frontcover&dq=barbosa+de+axiomatibus&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjc4aSd1ajnAhWKsBQKHSTDUgQ6AEIMjAB#v=onepage&q=barbosa%20de%20axiomatibus&f=false>

⁴³ Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, pág. 374.

⁴⁴ José CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, Tomo II, Vol. I, ed. revisada por Gabriel GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, págs. 215 y ss. Al igual que ocurre con otras acciones, la negatoria ha sido creada por la jurisprudencia y la doctrina a partir de los antecedentes históricos.

2.- DERECHO E HISTORIA

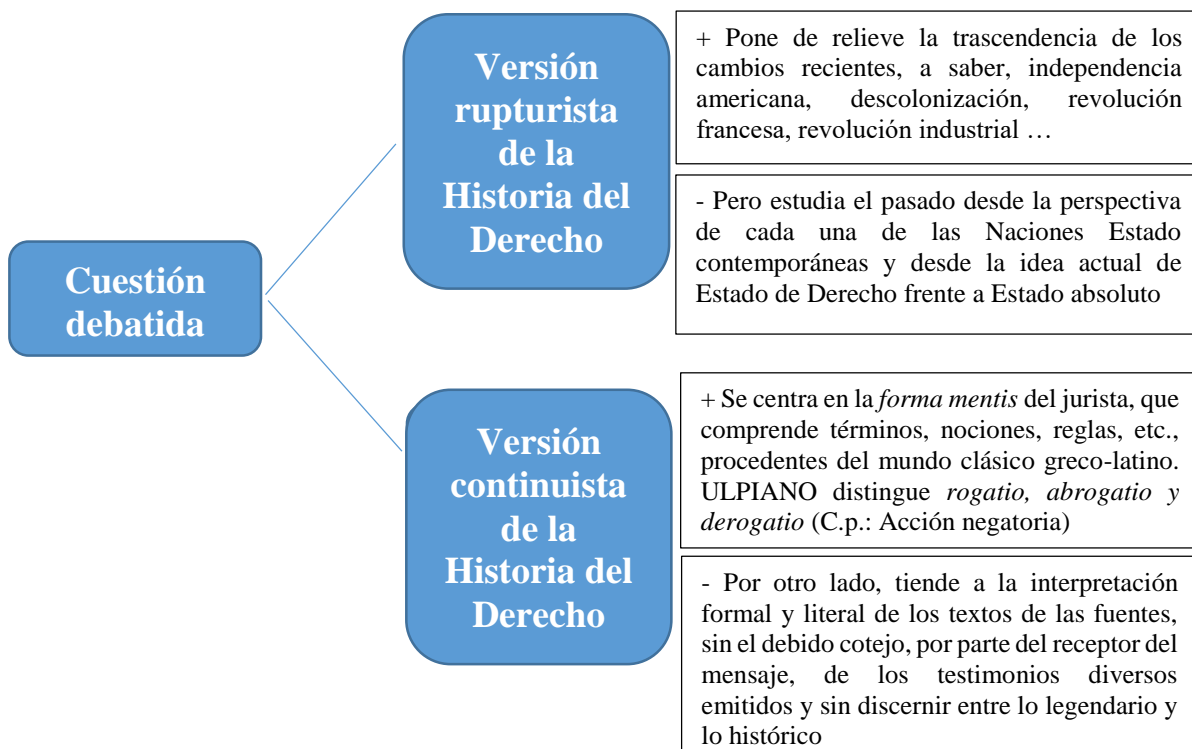
2.1 Noción dual antropológica de Naturaleza y Cultura, prehistórica e histórica, a partir de la terminología latina: *natura, cultura, historia*

NATURA: EVOLUCIÓN
Desarrollo gradual iniciado hace unos 4000 millones de años, desde el origen de la vida, a lo largo del cual ha venido acumulándose la información contenida en el código genético, ADN, ubicado en los núcleos celulares, el cual es responsable del funcionamiento del organismo humano y animal Presenta carácter primario, regular e independiente de la voluntad humana Responde a leyes necesarias y a factores de carácter aleatorio
CULTURA: PROGRESO
Transformación del medio natural, por parte del ser humano, a lo largo de unos 2.5 millones de años, desde la aparición del <i>homo habilis</i> , durante el cual ha venido acumulándose la información complementaria, ubicada en las neuronas cerebrales. Se divide en Prehistoria e Historia. PREHISTORIA: Primer periodo que se prolonga hasta la aparición de la escritura. HISTORIA: En sentido interno, es periodo más breve, en relación con el anterior, que tan solo comprende unos 6000 años. En sentido externo, es estudio del pasado a través de la documentación que ha llegado hasta nosotros, de carácter epigráfico, papirológico, paleográfico, impreso, etc.
Ni la evolución ni el progreso han llegado a su fin, puesto que se encuentran abiertos al desarrollo posterior



DUALIDAD NATURA-CULTURA: Intuición de los antiguos que presagia los conocimientos actuales. Especialmente en el ser humano, se trata de una conjunción en la que convergen, de modo indisoluble, dos factores o elementos claramente diferenciados: La naturaleza, física y psíquica, y la Cultura, prehistórica e histórica

2.2 Cuestión debatida: Versión rupturista contra versión continuista de la Historia del Derecho



3.- DERECHO Y RELIGIÓN

3.1 Vocabulario grecolatino e idea de coexistencia⁴⁵ del ordenamiento de la comunidad religiosa y de la comunidad política (*fas deorum, mos maiorum, ius humanum*⁴⁶)

Desde una perspectiva antropológica, no teológica, y conforme al vocabulario grecolatino⁴⁷, puede decirse que religión, *religio*, es mitificación, sacralización, deificación de fenómenos y fuerzas naturales, como la muerte, que escapan al dominio de la razón, con la pretensión de apelar a instancias superiores sobrenaturales e implorar consejo, perdón, protección, esperanza, confianza.

En principio, a partir del hecho religioso, entendido como factor primario de integración y cohesión social, tiene lugar la formación de la comunidad religiosa, regida por un ordenamiento que definimos como “tradición primigenia a que está sometido el grupo integrado por todas aquellas personas que comparten las mismas creencias acerca de la divinidad y que recurren a rituales complejos y solemnes para conseguir sus objetivos comunes” (auspicios, oráculos, sacramentos).

Más tarde, la secularización (de *saeculum*, tiempo histórico; es decir, factor secundario de cohesión consistente en el desarrollo técnico y científico) da lugar a la comunidad política, dotada del correspondiente ordenamiento jurídico, definido como “autorregulación y organización propias del grupo integrado por todas aquellas personas que tienen las mismas o diversas creencias y que recurren a medios de tipo técnico, derivados del conocimiento empírico, para conseguir sus objetivos comunes” (agricultura, ganadería, industria).

La secularización supone que las sanciones por incumplimiento de los preceptos religiosos afectan, ante todo, al fuero interno de la conciencia, pero otras son externas y varían según la gravedad de la infracción hasta llegar a la exclusión de la comunidad religiosa. Quedarían reservadas a la comunidad política las penas aflictivas represoras en el fuero externo.

Por tanto, el ordenamiento jurídico de la comunidad política (*πόλις, civitas, res publica*) no es el único modo de regular la conducta y ordenar las relaciones humanas. Junto a él se encuentran los preceptos de la comunidad religiosa (*ἐκκλησία, ecclesia*), las reglas del trato social, etc. En cuanto a la dualidad de ordenamientos religiosos y políticos, resulta evidente que estos no son necesariamente antagónicos, incompatibles y contradictorios por completo, puesto que la comunidad religiosa, además de regirse por preceptos que se consideran emanados de la divinidad, suele recurrir a normas jurídicas emanadas de la voluntad humana (como las del *ius canonicum*) y la comunidad política suele reconocer a la confesión religiosa arraigada (*ius ecclesiasticum*), cuyo influjo es patente en ámbitos muy diversos⁴⁸. Pero tampoco sería acertado confundir ambos ordenamientos, pues cada uno tiene su propia fundamentación.

⁴⁵ Esta idea representa un término medio entre confusión y separación total.

⁴⁶ *Fas-nefas* alude a los preceptos religiosos; por ejemplo, a la prohibición de la endogamia.

⁴⁷ Entre otros muchos términos, destacamos *μύθος, θεός, πιστις, mythicus, mythologiae, dea (Γαῖα, Gea), deus, divinus, sanctuarium, consecratio, sacrificium, fides*.

Pierre GRIMAL, *Diccionario de mitología griega y romana*, Barcelona, 1984.

⁴⁸ Ejemplos del arraigo de la religión en el ámbito secular serían la cronología y el calendario; determinados nombres propios de personas, lugares, planetas; la gastronomía; instituciones jurídicas recibidas como la exogamia, el juramento, la función expiatoria de la pena.

En la época del politeísmo greco-latino (desde el siglo VIII a. C. hasta el IV d. C.), la enumeración de las comunidades religiosas nos lleva a distinguir cuatro entidades: *familia* patriarcal o agnaticia, *gens*, *regnum* o monarquía primitiva y colegios religiosos. Todas estas comunidades vienen regidas por los ordenamientos denominados *fas deorum* y *mos maiorum*. Asimismo, se da la coexistencia de las citadas agrupaciones y las comunidades políticas, *civitas*, ciudad-estado, o *res publica e imperium*.

En principio, la *familia* agnaticia⁴⁹, la *gens*⁵⁰ y el reino, *regnum*⁵¹, son agrupaciones en que lo religioso monopoliza toda la convivencia. Con posterioridad, cuando se incorporan nuevas poblaciones con disparidad de cultos, se distingue la comunidad política, es decir, la *civitas*, *res publica*, como entidad orgánica representativa del *populus*⁵², al tiempo que se multiplican las agrupaciones religiosas: colegio pontifical, colegio de los augures, etc. Esto tiene lugar en el siglo VI a. C., con la caída de la monarquía etrusca y la relegación del *rex* al colegio religioso, y en el siglo V a. C., con las XII Tablas, abriendo la puerta al *matrimonium sine manu*. Mientras que la agrupación religiosa se rige por preceptos que se atribuyen a la voluntad de la divinidad o de los antepasados, *fas deorum*, *mos maiorum* (heteronomía), la comunidad política queda sometida al *ius humanum* (autonomía)⁵³, en el fuero externo: *Cogitationis poenam nemo patitur*, Digesto 48, 19, 18.

Durante el periodo del monoteísmo judeo-cristiano (a partir del Edicto de Milán, 313), se da la coexistencia entre *ecclesia* e *imperium*. El Imperio romano caerá en Occidente en el siglo V; la Iglesia católica se mantendrá hasta la actualidad. Mientras que el estado imperial se rige por el Derecho civil, *ius civile*, la organización eclesiástica está sujeta a la *lex Dei* y al Derecho canónico, *ius canonicum*.

⁴⁹ La familia agnaticia o patriarcal es agrupación pre-cívica en la que el vínculo de consanguinidad queda subordinado al de dependencia paterna. *Mortuo rege auspicia ad patres redeunt* (Muerto el rey, los auspicios vuelven a los padres en el Senado). Tito LIVIO, *Ab Urbe condita libri 1*, 32. <https://www.thelatinlibrary.com/>

Se basa en el principio de unidad e indivisibilidad, así como en el tabú del incesto (Sigmund FREUD, *Tótem y tabú*) o prohibición de la endogamia, siendo la mujer la que sale de su familia para integrarse en la del marido.

Pero esto no significa que la mujer sea considerada inferior al hombre y ello por varias razones: 1ª: En la mitología, Gea es la deidad primordial; 2ª: La relación materno-filial surge inmediatamente del hecho biológico del parto y nacimiento de carácter notorio, *mater semper certa est*, mientras que la relación paterno-filial matrimonial surge de un hecho presunto. 3ª: La pubertad, que es el requisito fundamental para gozar de capacidad de obrar, se alcanza a los 12 años por las mujeres y a los 14 por los hombres; 4ª: El jurista GAYO viene a confirmar que no es cierto que la mujer necesite del tutor para gestionar su patrimonio, G. 1, 190.

⁵⁰ La *gens* es agrupación pre-cívica formada por todas aquellas familias que tienen un antepasado común, como la *gens Iulia* y la *Claudia* a la que pertenecen los emperadores de la primera dinastía del Principado de Augusto.

⁵¹ A partir de la *familia* y la *gens* surge la primitiva monarquía. El *rex* tiene, en origen, un poder unipersonal, vitalicio, no hereditario y de fundamento teocrático. *Initio civitatis nostrae, populus sine lege certa sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus (et a patribus) gubernabantur* (En el comienzo de nuestra ciudad, el pueblo comenzó a vivir sin una ley cierta y sin un derecho cierto; todo se gobernaba por el poder de los padres de familia y los reyes).

POMPONIO, Digesto 1, 2 *De origine iuris*, 2, 1. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

La caída del último rey de origen etrusco no significa la abolición de la institución monárquica, sino su relegación al campo religioso, puesto que el *rex sacrorum* pervive todavía en época del Principado en el colegio pontifical.

⁵² La magistratura pública republicana es pluripersonal y temporal y tiene fundamento popular.

⁵³ Mario SERVIO (Georg. 1, 269): *ad religionem fas, ad homines iura pertinent*.

La implantación del cristianismo no va a suponer la abolición y desaparición de la herencia del mundo pagano, puesto que el monoteísmo va a arraigar en el mundo clásico, como pone de manifiesto la llamada *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, del siglo IV d. C., que trata de establecer el paralelismo entre preceptos bíblicos y jurídicos, sobre todo en materia de Derecho penal⁵⁴.

3.2 Cuestión debatida: Cooperación *versus* separación

Dada la confluencia de ordenamientos y de potestades, espiritual y temporal, se plantea la cuestión relativa al tipo de relación que resultaría más conveniente entre ambas instancias.

No parece fácil dar una respuesta unánime a la cuestión planteada, puesto que las diversas alternativas tienen ventajas e inconvenientes. La cooperación entre ambas instancias aporta beneficios a una y otra de modo bilateral, a partir del reconocimiento recíproco, mutuo respeto e intercambio de prestaciones. Mientras que el Estado ve reforzada su legitimidad, la confesión religiosa recibe, a cambio, ventajas e incluso subvenciones que le permiten acometer obras sociales o de interés cultural, como el mantenimiento del patrimonio histórico-artístico. El mayor inconveniente de la colaboración radicaría en la tendencia a romperse el equilibrio entre potestad temporal y autoridad espiritual, de tal modo que una de ellas se impone a la otra y usurpa sus funciones, todo lo cual acaba degenerando en tiranía de signo absolutista o teocrático. La separación completa presenta la ventaja de que reacciona frente a las formas degeneradas de colaboración y trata de restaurar el equilibrio, garantizando la independencia mutua de ambas comunidades. Sin embargo, dicha separación completa también presenta sus riesgos, entre los que se encuentra el ostracismo o expulsión de lo religioso de la vida pública e incluso social, relegándolo en último término a la clandestinidad, el sectarismo y la disidencia. Asimismo, se habla de otras manifestaciones degeneradas como sacralización de lo profano o idolatría en los planos político, científico, artístico, deportivo, etc.

El modelo de cooperación tendría su antecedente en el periodo republicano, siglos VI-I a. C., y habría sido defendido por M. T. CICERÓN, basándose en la prioridad de lo religioso; la secularización posterior y el sincretismo⁵⁵. Este autor desempeñará la magistratura pública temporal (cónsul) y el cargo religioso vitalicio (augur). La comunidad religiosa integral es considerada por él manifestación primigenia de la vida social, caracterizada en Roma por la autarquía, la monarquía teocrática y la heteronomía. La secularización posterior, caracterizada por el desarrollo del comercio, la magistratura laica y la autonomía, es gradual y no significa ruptura con la tradición anterior. Asimismo, según CICERÓN, la religiosidad de los romanos y su predisposición a asimilar los cultos de los pueblos sometidos (simbolizada en el Panteón) se encuentran a la base de la creación y ampliación de su imperio.

Sin embargo, en plena crisis de la república, tras la muerte de Julio CÉSAR, 44 a. C., a manos de sus oponentes en el Senado, se produce el hecho trascendental de su

⁵⁴ Biondo BIONDI, *Diritto romano cristiano*, 3 vols., Milán, 1952-53.

⁵⁵ Juan José FERRER, *Patria, Estado y legitimidad religiosa en la teoría política de CICERÓN*.

<http://www.e-revistas.uji.es/index.php/potestas/article/view/399>

CONFERENCIA Francisco PINA POLO y José María POU: *Cicerón: el filósofo que amaba la política*.

<https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=20PljvKP7Qc&list=PLFE75A4D6AAFCD8C3>

divinización, que constituye el precedente a seguir también con otros emperadores posteriores durante el Principado de Augusto⁵⁶.

Esto supuesto, el modelo de separación ha surgido como una reacción, frente a la confusión entre política y religión, que se manifiesta durante el Principado, siglos I-III d. C., aunque no llegará a consolidarse. Dicha reacción viene auspiciada por autores defensores del estoicismo, entre los que se encuentra Lucio SÉNECA (4-65)⁵⁷, y por la difusión clandestina del monoteísmo judeo-cristiano, a pesar de las persecuciones ya iniciadas en tiempo de Nerón⁵⁸. Tras un largo periodo de persecución de los cristianos, el Edicto de Tesalónica (380), de los emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio I, establecerá que la religión católica, bajo la autoridad papal, es la oficial del Imperio romano. Será acogido finalmente en el Código Justiniano 1, 1, 1. La imposición legal de la fe, así como la represión penal de otras manifestaciones religiosas, consideradas heréticas, en detrimento de la libertad religiosa, no permiten afirmar que el imperio absoluto romano-cristiano, la teocracia pontificia medieval o el absolutismo moderno hayan sido representativos de un verdadero modelo de cooperación entre dos instancias diferenciadas.

Desde la perspectiva del fundamento filosófico, los defensores del modelo de colaboración consideran falaz la argumentación que parte de la oposición radical entre fuero interno y fuero externo; cuerpo y alma; razón y fe, etc. En este sentido, Isidoro DE SEVILLA⁵⁹, quien mantiene que el ser humano constituye una dualidad inescindible, interna y externa: *Duplex est autem homo, interior et exterior. Interior homo anima et exterior homo corpus*. Entre los autores de la época moderna defensores del modelo de colaboración, se encontrarían Jean Jacques ROUSSEAU, MONTESQUIEU, David HUME.

En cambio, desde la óptica de los defensores del modelo de separación, no se considera argumentación correcta la que confunde los planos de la fe y la ciencia, esto es, la extrapolación de creencias de orden sobrenatural a la sociedad terrenal, Ni tampoco sería correcto el paso de premisas científicas o metafísicas a conclusiones teológicas. Así se ha dicho de las denominadas, y criticadas, por Immanuel KANT prueba cosmológica (Tomás DE AQUINO) y ontológica de la existencia de Dios (Anselmo DE CANTERBURY). Entre los partidarios de la separación total, podemos citar a Pierre BAYLE, así como a los redactores de la Constitución de EEUU.

El constitucionalismo contemporáneo muestra gran disparidad de criterios, lo que no ha impedido clasificar los distintos regímenes en que se reconoce la libertad religiosa, en tres categorías: modelo confesional (el Estado reconoce oficialmente determinada

⁵⁶ CONFERENCIA de F. PINA *sobre Augusto* <https://www.youtube.com/watch?v=16gDAsUK17w>

Bajo la apariencia de restauración de la República, se produce la concentración de poderes públicos y de autoridad religiosa, con carácter vitalicio.

⁵⁷ Dedicó una sátira a la divinización del emperador Claudio, *Divi Claudii apotheosis per saturam*. Su actitud crítica durante el imperio de Nerón le costó finalmente la vida.

⁵⁸ El mensaje evangélico es inequívoco a este respecto, MATEO 22, 21, etc.: *Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo*.

⁵⁹ *Etimologías 11, 1, 6*, ed. bilingüe BAC, Madrid, 1982.

comunidad religiosa); no confesional (con acuerdos de colaboración entre el Estado y las religiones de mayor arraigo social⁶⁰) y laico⁶¹.

3.3 CASO PRÁCTICO: MATRIMONIO DE CLAUDIO Y AGRIPINA

*Nuptiae sunt consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*⁶²

Antecedentes de hecho:

En el año 49 d. C., un senadoconsulto declaró válido el matrimonio entre tío y sobrina, hija de hermano, *ex fratre*, que hasta entonces carecía de validez por la prohibición de la endogamia⁶³. La motivación de dicha reforma legal no era otra que hacer posibles las nupcias entre el emperador Claudio y Agripina. Aunque tal disposición permisiva será abrogada en el año 342 por el emperador Constancio, de manera definitiva⁶⁴, lo cierto es que en su momento surtió plenos efectos. En este sentido, dicha unión facilitó a Agripina los medios para promocionar a Nerón, hijo suyo de un matrimonio anterior, que llegó a suceder a Claudio, tras la muerte de este, en circunstancias no aclaradas suficientemente.

Fundamentos de Derecho:

El matrimonio entre ascendientes y descendientes, así como entre colaterales en los grados más próximos, está prohibido, *nefas*, desde los tiempos más remotos, por los preceptos religiosos. Considerado atentado gravísimo contra la *pax deorum*, no sorprende que fuera rigurosamente expiado. Tal prohibición viene acogida después por la norma jurídica, en sus diversos supuestos, manteniéndose la denominación de matrimonio nefando e incestuoso.

Con independencia de la sanción religiosa, estamos ante un supuesto carente de validez en el orden civil, esto es, nulo de pleno derecho; privado de reconocimiento legal entre los contrayentes e inhábil para establecer la relación paterno-filial legítima⁶⁵.

⁶⁰ Art. 16.3 CE: *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Arts 59, 60, 80 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

⁶¹ Enmienda I Constitución EEUU: *El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.*

⁶² Digesto 23, 2, 1. El matrimonio está vinculado por tradición a las creencias religiosas. Art. 59 Código Civil.

⁶³ Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, págs. 649-50.

⁶⁴ Aparte del reproche moral, el Código de Derecho canónico, en su canon 1091.2, mantiene la nulidad del matrimonio entre parientes hasta el cuarto grado inclusive.

https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.l4p1t7.html#p1t7c2

Asimismo, nuestro Código Civil conserva tal impedimento matrimonial en su art. 47:

Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (...)

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

⁶⁵ GAYO 1, 64.

Asimismo, a partir de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, de época de Augusto, se castiga penalmente el llamado *crimen incesti*⁶⁶. La sentencia condenatoria lleva consigo también la nulidad del matrimonio, en su caso.

⁶⁶ Ilícito consistente en la relación sexual, matrimonial o extramatrimonial, a sabiendas de que existe parentesco, consentida por ambas partes o no, entre parientes en toda la línea recta y en la colateral hasta cierto grado, ya sea considerado tipo autónomo, o modalidad especial dentro de un tipo más amplio, o mera circunstancia agravante.

Precisamente, según el art. 180 5º del Código Penal español de 1995 vigente, se trata de una circunstancia agravante de las agresiones sexuales.

En cambio, conserva su carácter autónomo el delito de bigamia, art. 217.

3.- DERECHO Y RELIGIÓN

3.1 Vocabulario grecolatino e idea de coexistencia del ordenamiento de la comunidad religiosa y de la comunidad política (*fas deorum, mos maiorum, ius humanum*)

POLITEISMO GRECOLATINO: Desde época anterior al s. VIII a. C. hasta el siglo IV d. C.

<p>Comunidades religiosas: <i>Familia</i> (f. agnaticia o patriarcal) <i>Gens</i> (agrupación de familias) <i>Regnum</i> (<i>Senatus, Rex sacrorum</i>) Colegios religiosos (C. de los pontífices; de los augures)</p> <p>En principio, se rigen por el ordenamiento religioso, <i>fas deorum</i>, y el primitivo <i>mos maiorum</i>. Pero, ya en la república, el ordenamiento jurídico del Estado entra a regular determinados aspectos de la vida religiosa</p>	<p>Comunidades políticas: <i>Res publica</i> <i>Imperium</i> (Principado)</p> <p>Se rigen por su propio ordenamiento jurídico, <i>ius</i>, pero adoptan el modelo confesional pagano, por lo que la influencia religiosa en la vida política, económica, social etc. no puede ser ignorada, ni en la República ni en el Principado</p>
---	---



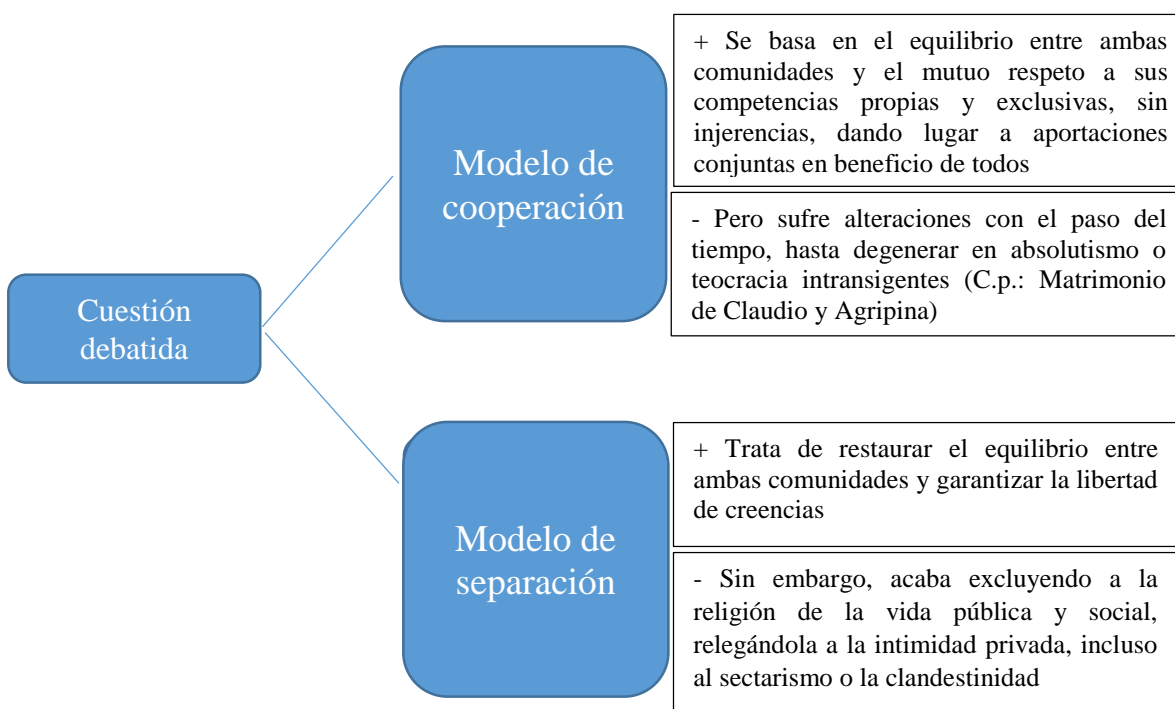
MONOTEÍSMO JUDEOCRISTIANO: Desde el siglo IV d. C. hasta la actualidad

<p>Comunidades religiosas: <i>Ecclesia</i> (Iglesia romana de finales de la Antigüedad) Iglesia Católica y Confesiones en periodos sucesivos</p> <p>Se rigen por ordenamientos diversos (<i>lex mosaica; lex nova</i>, pero también por el Derecho eclesiástico del Estado (C. Th. 16) y por el Derecho canónico, etc.).</p>	<p>Comunidades políticas: <i>Imperium</i> (Dominado) Organizaciones estatales posteriores</p> <p>Se rigen por su propio ordenamiento jurídico, <i>ius</i>, pero adoptan modelos diversos de relación, por lo que la influencia religiosa en la vida política, económica, social y jurídica no puede ser ignorada, aunque las circunstancias varíen a lo largo del tiempo</p>
---	---



IDEA DE COEXISTENCIA: Constatación histórica de que el ordenamiento jurídico estatal otorga carácter oficial a una confesión, o establece relaciones de cooperación con ella, o reconoce la libertad de creencias, según las circunstancias

3.2 Cuestión debatida: Cooperación versus separación



4.- DERECHO Y FUENTES

4.1 Idea histórica y retrospectiva de pluralidad de fuentes⁶⁷ del Derecho (*fontes iuris romani*)

La expresión plural “fuentes del Derecho” y otras equivalentes, *sources du Droit*, *sources of Law*, tienen su origen en la de *Rechtsquellen*, acuñada en el seno de la Escuela histórica alemana⁶⁸, *Historische Rechtsschule*, que representa la reacción contra los postulados de la codificación francesa postrevolucionaria y napoleónica: 1º.- El monopolio creador del Estado, en cuanto ente orgánico representante de la voluntad popular, con predominio de la ley escrita. 2º.- La atribución a la codificación positiva vigente de fundamento racional, conforme a los principios de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁶⁹. 3º.- La fuerza expansiva del proceso constitucional y codificador de la Nación-Estado de Francia para ser “exportado” a otras naciones.

Tras la caída de Napoleón, y a lo largo del siglo XIX, ha surgido, pues, la doctrina inicial de las fuentes del Derecho, a propósito de la polémica mantenida en Alemania entre la concepción rupturista (Anton THIBAUT) y la concepción continuista o evolutiva (Friedrich von SAVIGNY). Precisamente, ha venido a reforzar esta última opción, en detrimento de la primera. Por tanto, no se debe este hallazgo al movimiento codificador, que se inicia con el *Code civil des français* de 1804⁷⁰, sino a los autores de la Escuela histórica alemana, quienes reconocen que, como ya sucedía en Roma, a partir de los usos y costumbres propios de cada pueblo surge la ley. *Rechtsquellen: Volksgeist, Gewohnheit, Gesetz*. Distinguimos tres postulados alternativos:

1º.- Los autores de la Escuela histórica niegan que el Estado legislador (*πόλις, civitas*) sea creador original de Derecho, por previsión, (*ex nihilo nihil fit*) y rechazan que lo propio y específico de una nación o de un pueblo pueda ser extrapolado o impuesto a los demás, reafirmando que el *ius* parte de la experiencia jurídica continuada⁷¹, por reiteración, en cada pueblo (*δῆμος, populus*). Vienen a introducir el carácter plural e incluso competitivo de las fuentes, identificando la primera y principal de ellas con el llamado espíritu propio de cada pueblo, *Volksgeist*, que da lugar a la tradición, la lengua, los usos y costumbres, etc. A ello se suma la potestad legislativa del Estado, así como la actividad forense, jurisprudencial, doctrinal y científica.

2º.- Esta doctrina de las fuentes tiene carácter retrospectivo, en el sentido de que ha sido formulada por romanistas, que se han inspirado en el análisis de los textos romanos; e incluso retroactivo, ya que ha sido aplicada al estudio, edición crítica y edición digital de los mismos⁷². La noción de *Volksgeist* tendría su antecedente remoto en ideas romanas

⁶⁷ El término fuentes ha pasado del campo de la Historia al del Derecho, siendo su significado inicial el de documento escrito del pasado conservado en la actualidad, de donde brota el conocimiento histórico.

⁶⁸ Utiliza el símil lingüístico (cada pueblo tiene su propia lengua y su propio derecho) y presenta tres ramas: Romanística, ed. crít. del *CIC*, Th. MOMMSEN; Canonística, ed. crít. del *CICanonici*, E. FRIEDBERG y Germanística, ed. crít. *Leges Barbarorum*, K. ZEUMER.

⁶⁹ Aprobada por la Asamblea nacional francesa en 1789.

https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

⁷⁰ La noción de fuentes del Derecho no tendrá acogida en la redacción originaria del Código Civil español de 1889. No obstante, la influencia de la Escuela histórica propiciará el mantenimiento de los Derechos forales.

⁷¹ Siendo borrosa la distinción entre reglas de trato social, *κοινωνικός κανόνες*, y costumbres jurídicas.

⁷² PÁGINA Web “THE ROMAN LAW LIBRARY” <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

que responden a expresiones como *tacitus consensus populi*⁷³, a propósito de los usos y costumbres, de la misma manera que *generale iussum populi*⁷⁴ sería el precedente de la noción de ley, *Gesetz*, en cuanto *fons iuris*.

3º.- La doctrina que comentamos ha alcanzado gran difusión. En efecto, a pesar de las críticas de Hans KELSEN⁷⁵ y de los autores de la Escuela positivista, su aceptación ha ido en aumento, aunque con la tendencia a adquirir un significado normativo objetivo. En este sentido, fuente sería la misma norma jurídica superior, con respecto a la norma de rango inferior que está subordinada a la primera. En suma, el positivismo kelseniano considera que la expresión fuentes es ambigua, a pesar de lo cual establece una ordenación jerárquica normativa que va de lo general a lo especial, *lex superior derogat inferiori*.

En la doctrina francesa más reciente, la ley pública sigue ocupando la posición principal, frente a la costumbre popular, entre las diversas *sources du Droit*. Una enumeración completa de las mismas comúnmente aceptada sería la siguiente: *Les règles de Droit proviennent de différentes sources, hiérarchisées entre elles: la Constitution, les traités internationaux, le droit européen, la loi, les règlements, la jurisprudence, la coutume et la doctrine, le contrat*. Es, por tanto, una ordenación jerárquica normativa que también va de lo general a lo especial.

En Derecho español común y foral, y por lo que se refiere al nuevo Título preliminar del Código Civil español de 1973⁷⁶, se sigue una ordenación jerárquica normativa que va de lo especial a lo general, *lex specialis derogat generali*. Sin embargo, la Compilación de Derecho foral de Navarra otorga rango preferente a la costumbre asentada en la realidad social y admite el carácter supletorio del Derecho romano de la recepción⁷⁷.

En Derecho internacional, la ordenación jerárquica normativa también va de lo especial a lo general, pero otorgando mayor relevancia a la jurisprudencia, la costumbre y la equidad, según establece el Estatuto de la Corte internacional de Justicia⁷⁸:

1.- *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:*

a.- international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b.- international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c.- the general principles of law recognized by civilized nations;

d.- subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2.- *This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*

En conclusión, estamos ante una idea de pluralidad de las fuentes muy difundida, pero heterogénea, con manifestaciones concretas muy diversas, entre las que destacamos dos

Textos histórico-jurídicos Universidad de Santiago de Compostela y de Murcia

http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

<https://www.um.es/web/derecho/conoce-la-facultad/estructura/servicios/biblioteca-digital/historia>

⁷³ Reglas de ULPIANO pr. 4.

⁷⁴ Instituciones de GAYO 1, 1; 1, 2-7.

⁷⁵ Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1988, págs. 155-56.

⁷⁶ Tras la promulgación del Código Civil se abre el proceso de compilación de los ordenamientos forales, con sus especialidades en materias civiles como la familia o la sucesión *mortis causa*, que se consolida tras la Constitución de 1978.

⁷⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330>

⁷⁸ Art. 38, 1-2. Manuel DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 2008, págs. 116 y ss.

de ellas, a saber, la positivista (normativa objetiva) y la historicista (pre-normativa subjetiva). La primera de ellas, en sus dos vertientes: descendente, de la norma superior a la inferior, y ascendente, de la especial a la general.

4.2 Cuestión debatida: Ordenación clásica versus postclásica-justiniana⁷⁹

La idea de pluralidad de las fuentes del Derecho puede ser proyectada también al Derecho romano, puesto que los autores contemporáneos se han inspirado en él para concebirla. Esto supuesto, comprobamos cómo en Roma se ha seguido el criterio de la estratificación sucesiva, que parte del origen consuetudinario de las instituciones y sigue un desarrollo gradual a lo largo del tiempo. Si nos remontamos a la época monárquica, constatamos que, con el paso del tiempo, va quedando superada la fase preliminar de los modos de convivencia inspirados en el ritualismo religioso exclusivo del patriciado. Desde entonces y hasta la formalización del Tratado de la liga latina, *foedus Cassianum*, y la promulgación de la Ley de las Doce Tablas, s. V a. C., el *ius* comienza a manifestarse, entre el patriciado y la *plebs*, a través del uso y la costumbre, esto es, del “ejercicio público y pacífico de una determinada facultad sobre las cosas o en relación con las personas, de modo reiterado, por lo que ha de seguir reiterándose mientras las circunstancias se mantengan constantes, bajo la sanción correspondiente en caso contrario”. Tras la entrada en vigor de las normas legales escritas, las costumbres no desaparecen ni quedan ancladas en el pasado, sino que unas y otras van a coexistir, asumiendo el Derecho consuetudinario diversas funciones. Por tanto, distinguimos cuatro apartados: 1.- *Consuetudo ante legem (leges sine moribus vanae proficiunt*⁸⁰). Ejemplos de esta son la *lex talionis*, la posesión o la propiedad⁸¹; 2.- *Consuetudo secundum legem (optima legum interpres, consuetudo*⁸²); 3.- *Consuetudo praeter legem (inveterada consuetudo pro lege custoditur)*⁸³; 4.- *Consuetudo contra legem (desuetudo*⁸⁴).

El jurista clásico GAYO, en sus Instituciones, 1, 1; 1, 2-7, afirma lo siguiente: *Omnes populi legibus et moribus reguntur. Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium ... Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus **permissum est** iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet*⁸⁵. En suma, prevalece el aspecto

⁷⁹ Esta dualidad de opciones constituye el antecedente remoto de la disyuntiva existente hoy en Derecho comparado contemporáneo entre el llamado *code law system* y el *case law system*. El primero de ellos, propio del ámbito continental europeo y de sus zonas de expansión; el segundo, del mundo anglosajón y áreas de influencia. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se habla de monopolio estatal frente a libre concurrencia y competencia.

⁸⁰ Jaime MANS, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1947, pág. 289.

⁸¹ Ley XII Tablas 6, 3: *Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus* (La titularidad legal sobre los inmuebles se adquiere por el uso bienal; sobre las demás cosas, por el uso anual).

⁸² Digesto 1, 3, 37.

⁸³ Digesto 1, 3, 32, 1. Ejemplos antiguos de esta serían las acciones pretorias *in factum* o *ex fide bona*. Y contemporáneos, las figuras atípicas o la hipoteca inversa.

⁸⁴ *Leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur* (Digesto 1, 3, 32, 1). Ejemplos actuales de figuras típicas caídas en desuso total o parcialmente serían los esponsales, los censos, los contratos aleatorios o la anticresis o; arts. 42-43; 1604 ss.; 1790 ss.; 1881 ss.

⁸⁵ *Todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres. El Derecho del pueblo romano consta de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos, respuestas de los juristas ... Estas respuestas son opiniones de aquellos a quienes se les permite crear derecho, de modo que si son reiteradas y unánimes tienen fuerza como de ley.*

subjetivo sobre el objetivo, de modo que vienen a concurrir la *potestas* y la *auctoritas*. La autoridad es el saber socialmente reconocido que se atribuye a los juristas, los cuales responden a las consultas que se les plantean. La potestad es el poder de sancionar las normas otorgándoles fuerza vinculante por parte del órgano público competente, el cual necesita asesoramiento técnico⁸⁶.

Frente a este modelo clásico, de carácter estratificado, diacrónico, subjetivo, competitivo y jurisprudencial, tenemos la concepción postclásica justiniana: una concepción sistemática, sincrónica, normativa, compiladora y codificadora. Mientras que, en Occidente, tras la caída del Imperio Romano (476), son instaurados los Reinos Romano-Germánicos, entre los que se encuentra el Visigodo, en Oriente, el Imperio Bizantino pervive e incluso se mantendrá a lo largo de la Edad Media. Durante la época del emperador Justiniano (527-565), tiene lugar el intento de reunificar el Imperio, incorporando por conquista determinadas regiones occidentales, como Italia, ejerciéndose un control político sobre el papado romano (cesaropapismo). En estas condiciones, se lleva a cabo una labor intensa en el campo del Derecho, conservadora de la tradición y, al mismo tiempo, reformadora y actualizadora⁸⁷.

Se considera el ordenamiento jurídico como sistema codificado, pleno y cerrado de normas emanadas del poder público legislativo del Estado. Presenta carácter, en parte, tradicional y, en parte, innovador. Justiniano, en efecto, ordena compilar las obras de los juristas clásicos, pero prohíbe bajo severas sanciones a los juristas de su tiempo llevar a cabo interpretaciones por su cuenta. Aunque las Instituciones de Justiniano 1, 2, 8 siguen por tradición el modelo de GAYO, van a introducir una novedad fundamental: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere*⁸⁸.

En conclusión, el modelo clásico tiene la ventaja de ofrecer una visión realista del ordenamiento jurídico en su relación con la vida social a lo largo del tiempo, pero también la desventaja de lo heterogéneo y complejo, que puede acabar degenerando en

⁸⁶ Rafael DOMINGO, *El binomio "auctoritas-potestas" en el Derecho romano y moderno*, ed. digital, https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12935/1/PD_37_06.pdf

⁸⁷ Jesús DAZA, *Iniciación al estudio histórico del Derecho romano*, Madrid, 1997, págs. 208 y ss. En primer término, se prepara un Código, recopilación sistemática y cronológica de normas legales, *Codex*, que muy pronto es publicado (528-29) aunque, más adelante, será sustituido por otro nuevo más completo (534). Seguidamente, se procede a la compilación de las obras de la jurisprudencia clásica en el Digesto, *Digesta* o *Pandectae*, obra publicada formalmente como ley (530-33), superadas y corregidas las discrepancias entre los autores. Se procede, además, a la publicación de las Instituciones, obra que también es publicada formalmente como ley (533), aunque se trate materialmente de jurisprudencia de carácter didáctico. Por último, entre los años 535 y 542, se produce una copiosa actividad legislativa, a través de las *Novellae leges*, actividad que incluso se prolonga hasta el final del mandato del emperador Justiniano. El Código, en su segunda edición, está dividido en doce libros, cada uno de los cuales se subdivide en títulos, con las rúbricas correspondientes a las diversas materias jurídicas. Las disposiciones legislativas llevan el nombre del emperador que las ha promulgado, así como el de su destinatario (*inscriptio*) y la fecha y lugar de emisión (*subscriptio*), siguiéndose el orden cronológico. Entre las leyes más antiguas, se encuentra C. 6, 23, 1, de la época de Adriano, mientras que las más recientes pertenecen a Justiniano como, por ejemplo, C. 6, 23, 31. Por otro lado, el Digesto se divide en cincuenta libros, subdivididos en títulos y dentro de cada uno de ellos se encuentran ordenados los fragmentos seleccionados de las obras de los autores clásicos. Además de las alteraciones textuales debidas a causas involuntarias, hay otras modificaciones voluntarias o interpolaciones, realizadas con el fin de adaptar los contenidos a las nuevas circunstancias, o bien de superar opiniones enfrentadas entre los intérpretes, etc. Justiniano decidió también que se hiciera un manual elemental de Derecho, con fines pedagógicos, que pudiera sustituir a las antiguas Instituciones de GAYO, obra que fue dividida en cuatro libros.

⁸⁸ *Respuestas de los juristas son opiniones de aquellos antiguos a los que se permitió en el pasado crear derecho.*

incertidumbre, inseguridad y, en último término, en caos normativo. Por su parte, el modelo postclásico justinianeo, que trata de reaccionar frente a las deficiencias del anterior, acaba pecando de falta de flexibilidad y excesivo rigor, de tal manera que el sistema normativo queda obsoleto, incluso al poco tiempo de su entrada en vigor.

4.3 CASO PRÁCTICO: DELITO DE ROBO FLAGRANTE

(*Ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto*, Digesto 1, 1, 6, 1; νομός εγγράφως, νομός άγραφως)

Antecedentes de hecho

Con el término latino *furtum manifestum*, opuesto a *furtum nec manifestum*, se hace referencia a una conducta considerada antijurídica o delictiva desde tiempo inmemorial, anterior probablemente a la promulgación de la ley de las Doce Tablas (450 a. C.), por lo cual decimos que procede del ordenamiento consuetudinario no escrito. Se trata del robo flagrante, en el sentido de que el ladrón era sorprendido en el preciso momento en que tomaba, de manera injustificada, la cosa mueble ajena o se alejaba del lugar con la cosa sustraída.

Según relata Tito LIVIO, *Ab Urbe condita libri*, la citada *lex Duodecim Tabularum* fue redactada por una comisión de diez expertos en un periodo de grave inestabilidad social y política y de enfrentamiento entre el patriciado y la plebe. Estos redactores hicieron frente a numerosos problemas, a propósito del mantenimiento o transformación, en mayor o menor medida, de las antiguas costumbres. Más en particular, en este asunto del robo flagrante, dudaban entre la posibilidad de mantener el régimen de auto-tutela tradicional o la de abolirlo por completo, imponiendo en todo caso el recurso a la acción judicial, *actio furti*.

Fundamentos de Derecho

Se impusieron, finalmente, los partidarios del principio general de proporcionalidad de la represión en función de la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso, enlazando así con la experiencia práctica reiterada a lo largo del dilatado periodo precedente. En definitiva, el texto legal decenviral vino a legitimar determinados actos de defensa del perjudicado⁸⁹ contra el agresor, confirmando así el ejercicio preestablecido de la auto-tutela. En las hipótesis más graves, *fur nocturnus*, ladrón nocturno o agresor a

⁸⁹ Armando TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, págs. 388-89.

mano armada, podía llegar a quedar legitimada la reacción de la víctima, causándole lesiones, o incluso la muerte a dicho agresor⁹⁰.

Según parece, la legítima defensa contemporánea, frente al delito de robo flagrante⁹¹, sería una figura de remoto origen consuetudinario.

⁹⁰ Tabla 8, 12 y 13: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto. Luci ... si telo defendit ... endoque plorato. Si de noche alguien cometiendo robo hubiera resultado muerto, que lo sea conforme a derecho. Durante el día, si se defendiera con armas ... pídate auxilio a gritos y sea muerto legítimamente.*

⁹¹ En la actualidad, las legislaciones criminales siguen reconociendo la legítima defensa como eximente: Art. 20 CP español: *Están exentos de responsabilidad criminal: (...)*

4.º *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

4.- DERECHO Y FUENTES

4.1 Idea histórica y retrospectiva de pluralidad de fuentes del Derecho (*fontes iuris romani*)

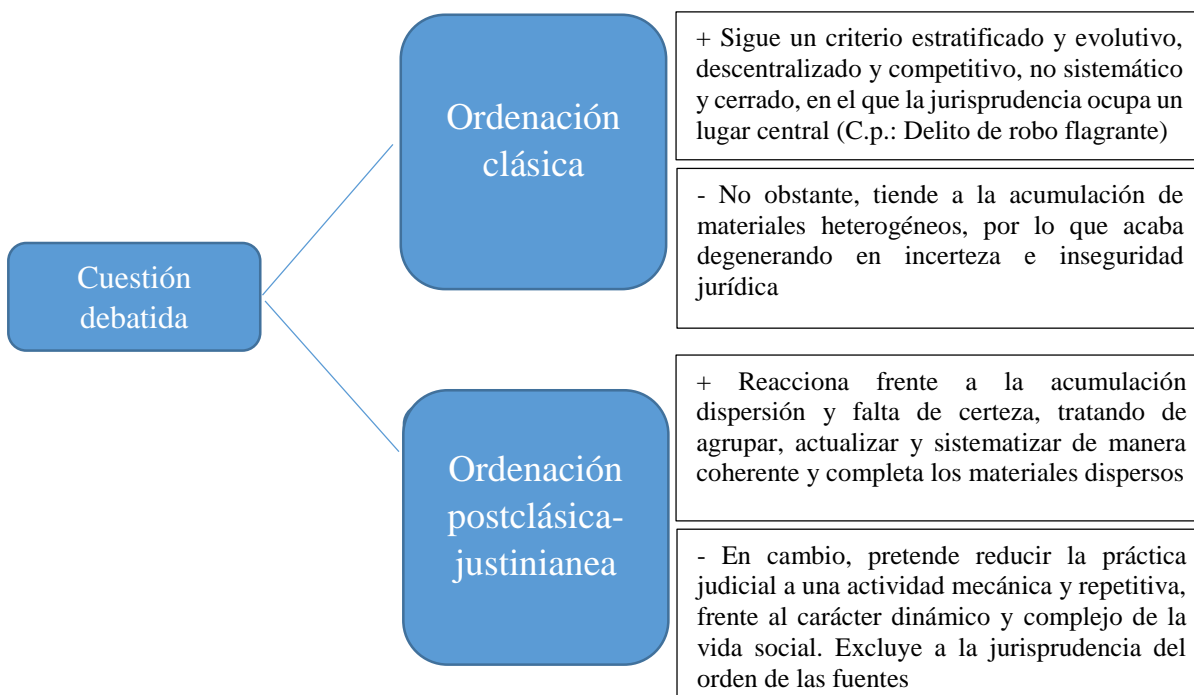
ESCUELA CODIFICADORA FRANCESA: Surge en el contexto de la Francia postrevolucionaria napoleónica. Se fundamenta en la razón universal, a partir de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789). Instauro el monopolio estatal de creación de Derecho, con predominio de la ley escrita. Justifica la expansión e imposición del modelo, incluido el recurso a la fuerza militar

ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA: Surge como reacción tras la derrota militar de Napoleón. Niega que el Estado se creador *ex novo* del Derecho y que un modelo nacional sea extrapolable a otras naciones, sirviéndose del símil lingüístico. El “espíritu del pueblo”, a través de la costumbre, es la primera fuente del Derecho, a la que se unen otras posteriores (jurisprudencia, doctrina, ley). Las raíces histórico-jurídicas de los pueblos de Europa son tres: romanista, canonista, germanista

ESCUELA POSITIVISTA: Critica la doctrina histórica, en base a los puntos siguientes: 1º. – Que el término “fuentes del Derecho” es ambiguo y pertenece, más que al campo de la ciencia jurídica, al de la expresión retórica; 2º. – Que, a pesar de ello, ha tenido gran acogida en la doctrina, por lo que no conviene prescindir de dicho término; 3º.- Que las fuentes no pueden ser algo previo ni diferente de las normas vigentes; 4º. – En suma, se entiende por fuente la norma superior jerárquica, con respecto a la inferior, puesto que esta deriva de aquella y no puede contradecirla

IDEA DE PLURALIDAD DE FUENTES DEL DERECHO: Debate contemporáneo que pone de manifiesto una gran variedad de criterios en la ordenación de las diferentes fuentes del Derecho, entre los que destaca el pre-normativo-subjetivo y el normativo-objetivo, subdivididos en ascendente y descendente

4.2 Cuestión debatida: Ordenación clásica *versus* postclásica-justiniana



5.- DERECHO SUBJETIVO⁹² Y OBJETIVO⁹³ (INTERESES, BIENES, VIRTUDES, NORMAS)

5.1 Concepción subjetiva-objetiva⁹⁴ del *ius* y del Derecho

Las lenguas jurídicas contemporáneas derivadas del griego y el latín han incorporado internamente la doble acepción tradicional, subjetiva y objetiva. El vocablo *ius* tiene ya en el lenguaje ciceroniano un significado subjetivo, tanto en la vida pública (*ius suffragii*, *ius agendi cum populo*, *ius agendi cum patribus*, etc.) como en la privada (*ius connubii*, *ius commercii*, *ius in re propria*, *ius in re aliena*, etc.)⁹⁵.

Asimismo, *ius* presenta una acepción diversa de la anterior que denominamos objetiva. Hace referencia a leyes, prescripciones, reglas preestablecidas, normas vigentes en una determinada sociedad (*ius civile*, *ius publicum*, *ius privatum*, *ius gentium*, etc.). Y, por extensión, se habla incluso de *ius naturale*, aunque en un sentido contrapuesto al de ley positiva vigente. Puede citarse aquí la conocida expresión de Tito LIVIO *lex Duodecim Tabularum est fons omnis publici pravatique iuris*⁹⁶, que relaciona directamente el Derecho objetivo con la ley. Suele establecerse, al respecto, una clasificación normativa en cuatro grandes apartados, a saber, imperativo, prohibitorio, permisivo, punitivo: *Virtus legis haec est, imperare, vetare, permittere, punire*⁹⁷.

Tal dualidad de acepciones ha pasado del latín clásico al vulgar y, a partir de él, ha sido recibido en las lenguas romances. Así las cosas, suele decirse, por ejemplo, “derecho subjetivo de propiedad” o “Derecho civil”, en sentido objetivo. La doctrina emplea las expresiones *facultas agendi*⁹⁸ y *norma agendi*⁹⁹: “*ius, sensu subjectivo, facultatem agendi*¹⁰⁰ *significat; sensu objectivo, normam agendi*”¹⁰¹.

Más en particular, es correcto afirmar que “*Cicero, civis romanus, habet ius suffragii*”, del mismo modo que en la actualidad decimos “María, ciudadana española, tiene el derecho de sufragio legislativo y electivo, activo y pasivo”. Precisamente, a partir de esta libertad fundamental, expresada mediante una proposición facultativa singular, han sido

⁹² Subjetivo significa dependiente de la voluntad y del juicio de valor.

⁹³ Objetivo quiere decir no dependiente ni susceptible de juicios de valor, puesto que *dura lex, sed lex*.

⁹⁴ Esta concepción es tradicional y se mantiene a partir de la Escuela de Pandectas (B. WINDSCHEID, R. von IHERING), recibida en la doctrina civilista por José CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 1, 2, que se remonta a la *Willenstheorie* y al *Interessendogma*; teoría de la voluntad o dogma del interés socialmente reconocido y protegido por el Derecho (pág. 29). Se ha pretendido ir más allá de una visión normativista de raíz materialista, utilitarista y determinista.

⁹⁵ Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1995, págs. 328 y ss.; Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, págs. 525 y ss.

⁹⁶ Tito LIVIO, *Ab Urbe condita libri* 3, 34.

⁹⁷ Digesto 1, 3, 7: *La fuerza de la ley consiste en imponer, prohibir, permitir, castigar*.

⁹⁸ Derecho subjetivo sería “facultad de la persona física y, por extensión, de la persona jurídica de realizar actos diversos, entre los que destacan los actos dispositivos, a partir de los cuales surgen las normas positivas vigentes que vienen a delimitar dicha facultad preliminar”.

⁹⁹ Derecho objetivo sería “regla, norma, precepto o prescripción que viene a reconocer las libertades y los derechos subjetivos, así como a constituir las entidades colectivas, imponiendo, prohibiendo y sancionando determinadas conductas”.

¹⁰⁰ *Facultas faciendi per se ipsum et facultas exigendi erga alteram partem vel erga omnes*.

¹⁰¹ La palabra “derecho” tiene el significado subjetivo de facultad de hacer y de exigir. La primera de ellas, por sí solo o junto a otros sujetos; la segunda, frente a otro o frente a todos, tanto en el ámbito extrajudicial como judicial, *ius actionis*. Y, por otro lado, tiene el sentido objetivo de norma o regla general de actuación.

elegidas las magistraturas romanas y los gobiernos actuales y se han reunido los comicios romanos y los parlamentos contemporáneos, entre cuyas facultades se encuentra el poder legislativo, que da lugar a la promulgación de la norma jurídica.

Aparte de esta distinción entre derechos subjetivos públicos y privados, hay otra muy importante, la que los clasifica en derechos de la personalidad (inherentes al sujeto, inestimables, indisponibles, irrenunciables) y derechos patrimoniales, que consisten en dinero o bienes susceptibles de estimación pecuniaria. Importantísima es también la distinción entre “libertad”, o capacidad unipersonal de elegir una de las diversas opciones que en cada caso se ofrecen al sujeto, y “facultad de exigir” a otro u otros el deber correlativo y la eventual responsabilidad. Mientras que el Derecho objetivo opera en abstracto, al derecho subjetivo compete la decisión en concreto, siguiendo criterios jurídicos, junto a otros de índole económico-social, política, ética, etc.

En este orden de ideas, la doctrina iusnaturalista distingue los derechos subjetivos innatos de los derechos adquiridos o condicionados. Los innatos se adquieren por el solo hecho del nacimiento, con independencia de la familia y la ciudadanía, no concurriendo circunstancias excluyentes, como la hostilidad bélica (*status familiae*, *status civitatis*, *status libertatis*). Si solo reconociésemos derechos y deberes entre ciudadanos, estaríamos negando las relaciones entre Estados y entre ciudadanos y extranjeros.

Se contraponen aquí la escuela positivista (*nihil prius lege*; nada precede a la ley) y la escuela de pandectas, *πανδέκται*, que toma el relevo tras la crisis del iusnaturalismo. Los derechos subjetivos tienen su origen no en la ley positiva, sino en la voluntad o el interés. O bien, en la toma de conciencia personal de la necesidad de reconocer y respetar al otro, para que este nos corresponda. A partir de aquí, surge el vínculo social y, en último término, el ordenamiento jurídico (*ubi societas, ibi ius*; de la sociedad al derecho). Por ello, serían, en parte, prioritarios con respecto a la norma positiva, la cual vendría a declararlos y delimitarlos, no a crearlos *ex novo*. Además, tienen alcance singular y actual, pues se refieren al caso concreto y se dan en tiempo presente. En cuanto a los actos de ejercicio y acatamiento del derecho subjetivo, se constata de nuevo la insuficiencia jurídica, siendo necesario el asesoramiento político, económico-social, ético, etc. En cambio, el derecho objetivo tiene carácter derivativo. Además, abstracto, en el sentido de enunciativo, prescriptivo y preventivo, ya que no se refiere al caso singular, sino al tipificado en la norma. E incluso, dependiente del ejercicio de los derechos subjetivos y del cumplimiento de los deberes por parte de los destinatarios, pues no alcanza su plena eficacia por sí solo.

En suma, se otorga expresamente rango prioritario al derecho subjetivo sobre el objetivo: *... parum est ius nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur*¹⁰². Incluso desde el punto de vista histórico, el *ius actionis* ha precedido al *ius* reconocido legalmente. Sin embargo, la polémica entre concepción subjetiva y objetiva no está cerrada, puesto que, si bien el derecho subjetivo está a la base del Derecho objetivo, este último delimita al primero, pudiendo incluso suprimirlo formalmente¹⁰³.

¹⁰² Instituciones Just. 1, 2, 12: *Poca cosa es conocer la norma jurídica, si ignoramos a la persona, por cuya causa se ha promulgado.*

¹⁰³ La concepción objetiva viene representada por la Teoría pura del Derecho, *Reine Rechtslehre*, y su noción de norma fundamental, *Grundnorm* de Hans KELSEN (ed. traducida México, 1986). Se basa en la

5.2 Cuestión debatida: Iusnaturalismo¹⁰⁴ frente a iuspositivismo

Entendemos por iusnaturalismo una serie de doctrinas filosófico-jurídicas y no puramente jurídicas, que, a pesar de su diversidad histórica, han tomado a la persona física, *πρόσωπον*, como referente fundamental. En este sentido, suele alegarse en su favor que ha fomentado el estudio multidisciplinar y el análisis tridimensional del Derecho, es decir, fáctico, axiológico y, en último término, normativo. 1º.- Fáctico, biológico y psicológico, puesto que parte del ser humano como sujeto (dotado de *naturalis ratio, scientia, λόγος, σοφία*) capaz de conocer; de discernir, en conciencia, entre lo justo y lo injusto¹⁰⁵, así como de decidir y realizar actos de modo libre, *ἐλευθέριος*. Todo ello, dentro de unos límites estrictos, por lo que distinguimos cuatro modalidades de conducta: a.- Comportamiento instintivo ajeno a la voluntad; b.- Actos dotados de respaldo social, que el Derecho vendrá a tutelar; c.- Acciones reprochables socialmente e imputables, que el Derecho vendrá a sancionar; d.- Acciones reprochables socialmente no imputables, que darán lugar a medidas de seguridad como el internamiento psiquiátrico. 2º.- Axiológico, ya que distingue, por una parte, el ideal de la justicia que arraiga en la conciencia moral del ser humano y requiere la consiguiente actuación y, por otra, el ordenamiento positivo vigente en cada comunidad política, que suele apelar a ella de modo expreso. 3º.- Normativo, en último término, puesto que se considera que la norma positiva es inseparable de la autonomía de la voluntad del sujeto, no siendo más que su manifestación externa. Podría afirmarse, en suma, que el iusnaturalismo favorece un enfoque personalista, multidisciplinar y crítico del Derecho positivo.

Sin embargo, contra esta doctrina, se ha puesto de manifiesto su tendencia al inmovilismo y uniformismo¹⁰⁶, alegándose que no ha llegado por esta vía a una concepción universal y perpetua de los valores y, en particular, de la justicia, si bien es cierto que, en esta materia, lo importante no son los conceptos abstractos, sino la actuación práctica decidida, concreta y constante. Las discrepancias teóricas afectan a principios como la igualdad o

consideración según la cual el Derecho es una ciencia especializada en materia de preceptos vigentes, de carácter autónomo, e independiente de otras disciplinas, como las económicas, sociales, políticas, éticas, morales, religiosas, por lo que debe quedar garantizada la pureza metodológica, en aras de su neutralidad e imparcialidad. Se abandona la idea de Derecho natural y el derecho subjetivo queda absorbido y diluido en el marco del sistema normativo. El pretendido derecho subjetivo no sería más que el aspecto complementario del deber impuesto por la norma de respetar la decisión del otro. Cómo adopte este la decisión, ya sea por motivaciones emocionales, por necesidad ineludible, por azar o circunstancias aleatorias, o por otro tipo de razones, no es cuestión que afecte a la norma ni al ordenamiento jurídico.

¹⁰⁴ El germen de esta doctrina tradicional se encuentra ya en M. T. CICERÓN, en los juristas clásicos y en los bizantinos. Se dice que la persona es la causa y fundamento de todo el Derecho. *Ius est ars boni et aequi*: *Ars* en el sentido de ciencia de juristas, no de leguleyos. Distinguimos tres dimensiones de la persona: 1.- interno; 2.- externo; 3.- mixto. En sentido externo, tangible y corporal es el ser humano desde el nacimiento hasta la muerte, de donde brota el comportamiento instintivo. En sentido interno, es capacidad de conocer, a través de la razón, reflejo del logos inmanente en el cosmos, y de valorar, esto es, de ir más allá del simple interés egoísta inmediato, para elevarse al interés general, que tiende al bien jurídico como objetivo último a conseguir, *bonum pacis*. Los valores no son más que las cualidades inherentes a los bienes jurídicos protegidos. En último término, se encuentran las virtudes, aptitudes anímicas para obrar rectamente, entre las que destacan la justicia, neutralidad, la equidad, *paribus in causis paria iura*, mantener los precedentes y crearlos (*Topica* 23, D. 1, 1, 1: *ius est ars boni et aequi*). En cuanto al sentido mixto de la actuación, es preciso considerar conjuntamente el elemento externo y el interno de la conducta.

¹⁰⁵ *Prudentia, aequitas, iustitia, συντήρησις, φρόνησις, ἐπιείκεια, δικαιοσύνη*.

¹⁰⁶ Habría acabado degenerando en imperialismo, colonialismo y esclavismo.

desigualdad entre los seres humanos; la bondad o maldad innatas de los mismos, a partir del optimismo o el pesimismo antropológicos, etc.

En este sentido, ya desde los orígenes, se contraponen la filosofía política platónica y aristotélica a la ética estoica greco-latina¹⁰⁷, que adoptarán los juristas, a partir de CICERÓN. Estos, reconocen, ante todo, un *ius naturale* basado en la idea de persona física, esto es, ser humano que, en parte, está sometido a leyes universales y necesarias de carácter biológico y psicológico y, en parte, está dotado de capacidad congénita para conocer, discernir entre lo justo y lo injusto, dentro de sus límites, y actuar en la vida de relación y en la transformación del medio natural, *voluntas*.

El Derecho natural aparece, así, como el presupuesto y el límite del Derecho positivo. En efecto, superado el “estado natural inicial”, la circunstancia histórica de escasez de recursos para satisfacer las necesidades presentes y futuras, así como la conflictividad, habrían propiciado un Derecho de gentes entre pueblos diversos: Por el Derecho de gentes se introdujeron los reinos, la paz y la guerra, la esclavitud ..., quedando reconocidos los derechos innatos, pero condicionados a circunstancias excluyentes, como la conflictividad bélica¹⁰⁸. Por último, al Derecho natural y al Derecho de gentes se suman los ordenamientos propios estatales, regionales y locales, que añaden a los derechos innatos los derechos adquiridos.

A propósito de la evolución del iusnaturalismo¹⁰⁹, los autores suelen distinguir tres periodos: 1º.- Medieval, en el contexto de la Teología moral católica¹¹⁰; 2º.- Moderno, denominado racionalista o secularizado, coincidiendo con los grandes imperios coloniales (destacan, en este sentido, dos orientaciones metodológicas, católica y protestante, representadas por FRANCISCO DE VITORIA, 1483?-1546, en el marco de la Segunda

¹⁰⁷ En primer lugar, desde una valoración antropológica negativa o pesimista, se afirma con resonancias platónicas que *Homo homini lupus*. PLAUTO, *Asinaria* 495. Asimismo, la Política aristotélica parte de la noción de *πόλις*, sin llegar a considerar al ser humano con independencia de la ciudadanía, *ζῷον πολιτικόν*, admitiendo que, por naturaleza, dentro de dicho grupo unos dirigen y otros obedecen.

En cambio, la Ética estoica parte del ser humano individual, con independencia de la ciudadanía e incluso de las circunstancias excluyentes de la libertad externa y tiende a una concepción de la persona física, más allá del ideal de la *civitas* o *polis*, en el seno de la *cosmópolis*, basada en la libertad, igualdad y racionalidad del género humano. CICERÓN y los juristas clásicos difunden en Roma estas ideas, coincidiendo con el proceso de expansión imperial.

¹⁰⁸ *Ius naturale (primarium) est quod natura omnia animalia docuit* (Derecho natural, primario, es sometimiento de todos los animales, incluido el ser humano, a las leyes biológicas, desde el nacimiento hasta la muerte) D. 1, 1, 1, 3, ULPIANO; *Ius naturale (secundarium) est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (Derecho natural secundario es dependencia de todos los seres humanos de las leyes de la psicología y la razón). GAYO 1, 1.

Según este último *ius naturale*, todos los seres humanos, sin distinción, están dotados de capacidad congénita para conocer, discernir entre lo justo y lo injusto, no en términos relativos, sino de aceptación y reprobación social generalizada y constante. (*libertas est naturalis facultas; omnes homines aequales sunt*). En cuanto al *ius gentium*, Digesto 1, 1, 5; (*pacta sunt servanda; arma armis repellere licet*) (*Los tratados de paz han de ser mantenidos, siendo lícito el recurso a las armas con carácter defensivo*).

¹⁰⁹ Antonio FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural*, Madrid, 1992.

¹¹⁰ Las fuentes bíblicas hallan en el pecado original del ser humano, en principio *imago Dei*, su referente más significativo. En el marco de la Teología moral medieval, prevalece la *lex Dei* sobre la *lex naturalis* y la *lex humana*.

escolástica, y por HUGO GROCIO, 1583-1645)¹¹¹; 3°.- Contemporáneo, a partir de la segunda guerra mundial y la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948¹¹².

En la época contemporánea, el positivismo jurídico tiene su antecedente en el positivismo epistemológico (Auguste COMTE), según el cual, las ciencias humanas y sociales han de adoptar el método empírico y descriptivo, frente al método tradicional valorativo e idealista. El auge del iuspositivismo viene a coincidir con la caída de los grandes imperios coloniales y la constitución *ex novo* de la Nación-Estado independiente y soberana, tratando de superar el inmovilismo y uniformismo, en favor del progreso. Suele destacarse el positivismo anglosajón, Jeremy BENTHAM, que no llega a imponerse en Gran Bretaña, donde prevalece la constitución consuetudinaria, pero que va a ejercer gran influencia en el mundo ibero-americano¹¹³. En suma, la pluralidad metodológica contemporánea albergaría, en la actualidad, tanto un iusnaturalismo “positivizado” como un post-positivismo jurídico “humanista”: Emmanuel MUNIER, Jacques MARITAIN, Paul RICOEUR, Herbert HART, Ronald DWORKIN, Robert ALEXY.

¹¹¹ Según Thomas HOBBS, *De cive* 1, 12, “*status praecivicus*” est bellum omnium contra omnes (El estado de naturaleza es la guerra de todos contra todos). Lo que contrastaría con la opinión de John LOCKE y Jean Jacques ROUSSEAU. Frente al pacto social de sumisión plena, surge el pacto social del mandato representativo.

¹¹² En la época contemporánea, el Derecho natural habría renacido, como reacción frente a la legislación válidamente promulgada, pero tachada de injusta por favorable al racismo y la discriminación. PELÍCULA: *Los juicios de Nuremberg* <https://www.youtube.com/watch?v=6s1Bo57qwLQ>

¹¹³ A ello, se suma la influencia kelseniana de la ciencia pura y normativa del Derecho, contra la que se ha alegado su carácter unidimensional y acrítico del ordenamiento positivo, por lo que habría degenerado en escepticismo o relativismo axiológicos.

5.3 CASO PRÁCTICO: *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT*¹¹⁴

Antecedentes de hecho

Entre Luciano y Marco, había surgido y arraigado una profunda rivalidad, junto con la consiguiente enemistad, que se manifestaba externamente con gran frecuencia. En efecto, en determinada fecha del año 60 a. C., correspondiente al periodo de crisis de la *civitas* republicana, durante el transcurso de unas maniobras militares en que participaban los dos soldados citados, el primero de ellos, actuando en pleno uso de sus facultades mentales, retó al segundo, quien aceptó voluntariamente el desafío a muerte entre ellos, a resultas de todo lo cual Luciano causó graves lesiones a Marco. Ambos habían alcanzado la pubertad y se encontraban ya emancipados de la patria potestad.

En el correspondiente proceso de enjuiciamiento criminal por un posible crimen de homicidio, en grado de tentativa, la acusación popular logró poner de manifiesto que el acusado, Luciano, se había comportado conforme a su intención dolosa homicida, siendo plenamente consciente de sus actos. Y negó la concurrencia de todo tipo de perturbación mental, así como la eventualidad de la legítima defensa, puesto que él mismo había provocado el gravísimo incidente. Por otra parte, la defensa del acusado alegó y probó que este era una persona rústica, carente por completo de instrucción elemental y, por supuesto, jurídica. Incluso, podía decirse que desconocía la ley penal y todo lo relativo al *crimen homicidii*, por el cual era encausado. En suma, argumentó mediante el recurso a una pretendida circunstancia eximente de *ignorantia iuris*, negando que el acusado hubiera tenido intención de matar.

Fundamentos de Derecho

El jurado popular en su veredicto dio acogida a la doctrina que M. T. CICERÓN va a formular expresamente acerca de la *Prudentia*, en su tratado ético-jurídico sobre los deberes, *De Officiis*¹¹⁵, idea tomada de la *Φρονησις* de los estoicos. En virtud de ella, se consideró que el ser humano, en cuanto persona natural o física, está dotado de una facultad congénita que le permite discernir en lo justo y lo injusto. Por tanto, fuera de las circunstancias que excluyen o anulan por completo la intencionalidad, la conciencia moral, aunque no haya conocimiento cierto de la norma jurídica, resulta idónea para poder apreciar, en su caso, la imputabilidad y, en último término, la culpabilidad del acusado en el proceso penal.

¹¹⁴ D. 22, 6 *De iuris et facti ignorantia*, 9

¹¹⁵ *De Officiis* 1, 153, *Prudentia (Φρονησις) est rerum expetendarum fugiendarumque scientia.*

<https://www.thelatinlibrary.com/>

5.- DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO (INTERESES, BIENES, VIRTUDES, NORMAS)

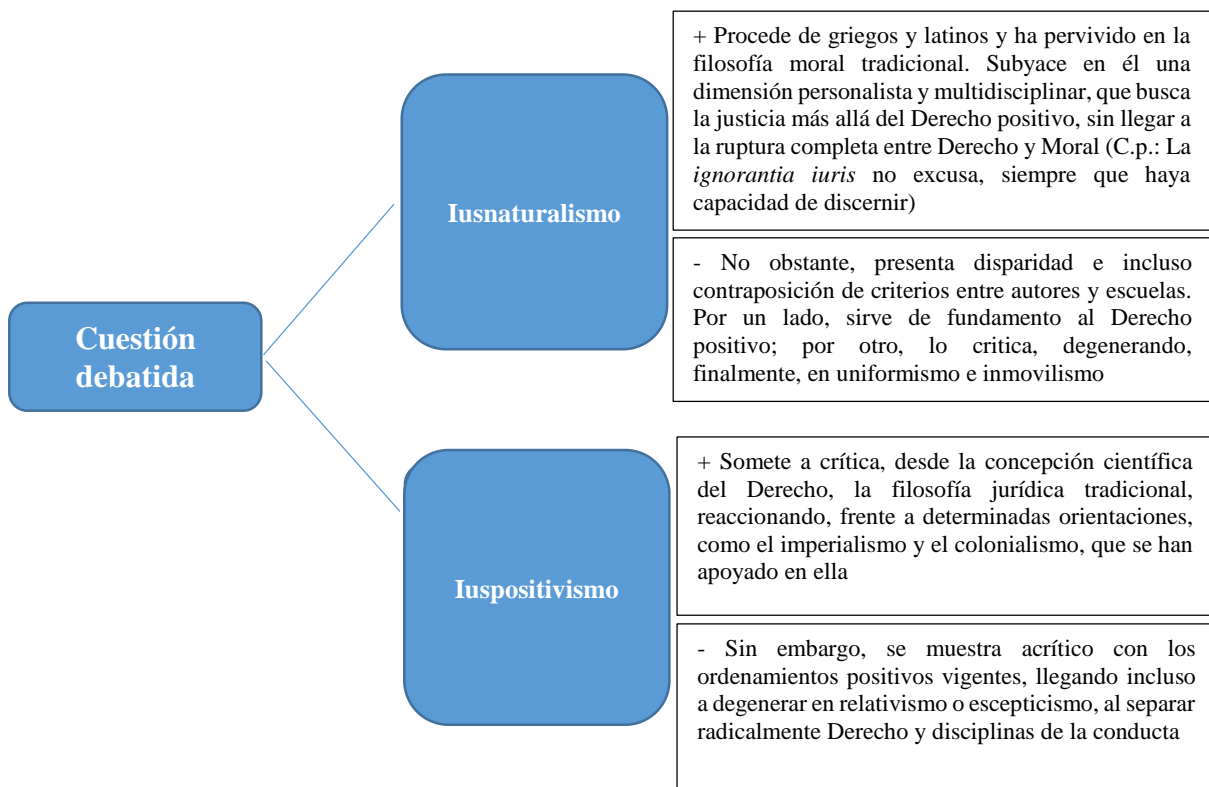
5.1 Concepción subjetiva-objetiva del *ius* y del Derecho

SIGNIFICADO SUBJETIVO
<i>Facultas agendi</i> o potestad de la persona física de conocer, valorar, decidir y actuar, realizando actos de muy diversa índole, entre los que se encuentran los dispositivos Se da tanto en el ámbito público como en el privado: <i>Ius suffragii, ius connubii, ius commercii</i>
SIGNIFICADO OBJETIVO
<i>Norma agendi</i> o constitución orgánica de la comunidad y disposición reguladora de la convivencia, que impone, prohíbe, permite o castiga.
CUESTIÓN DE LA PRIORIDAD
Desde la concepción jurídica subjetiva, se otorga a la <i>facultas agendi</i> una serie de caracteres: singularizada, prioritaria y no autosuficiente, porque se requiere la decisión de su ejercicio efectivo, de la cual brota la convivencia, junto con los usos y las normas. En cambio, desde la concepción jurídica objetiva, se otorga a la <i>norma agendi</i> el carácter de preventiva o prescriptiva, en términos genéricos, puesto que permite, prohíbe o impone.



CONCEPCIÓN DUAL DEL IUS Y DEL DERECHO: Noción problemática o aporía jurídica, en el sentido de que la norma surge de la potestad dispositiva del sujeto competente, pero, al mismo tiempo, dicha potestad no puede ejercerse sin una norma o criterio de distinción entre lo lícito y lo ilícito

5.2 Cuestión debatida: Iusnaturalismo frente a iuspositivismo



6.- DERECHO Y RELACIÓN JURÍDICA

6.1 Idea pandectística de relación jurídica intersubjetiva, a partir del *vinculum iuris*

A partir del estudio de las fuentes romanas, la Escuela de Pandectas, cuya acogida en la doctrina civilista está representada entre otros por José CASTÁN, ha situado el fundamento inmediato del derecho subjetivo, no en la ley positiva, sino en la autonomía de la voluntad o el interés socialmente reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico. El desarrollo de estas nociones ha permitido a los autores pandectistas llegar a la idea de relación jurídica¹¹⁶. Nuestra expresión “relación jurídica” proviene del latín canónico medieval *relatio*, cuyo antecedente en la terminología latina clásica es *obligatio* y *vinculum iuris*¹¹⁷. En un primer momento, tiene un alcance material o tangible, de sujeción, atadura o sometimiento del reo demandado o acusado y condenado (ejecución personal civil y penal). Más tarde, se admite la sujeción sobre los bienes del patrimonio del reo, en la vía civil, y, en la criminal, solo cuando se trata de delitos que llevan aparejada pena pecuniaria. Finalmente, la idea se extiende al campo extraprocesal y se espiritualiza, adquiriendo el sentido de vinculación entre sujeto activo y pasivo, esto es, entre el derecho y el deber, con carácter preventivo, como garantía ante la eventualidad de incumplimiento de la obligación debida.

En efecto, el descubrimiento, en el siglo XIX, del libro de las Instituciones del jurista clásico GAYO, contenidas en el palimpsesto de Verona, nos permite conocer el antiguo proceso de las acciones legales, *legis actiones*, que figuraban en las tres primeras tablas de la *Lex Duodecim Tabularum*. La reconstrucción de esta norma escrita muestra la presencia de los usos y los vínculos sociales, cuya transgresión no resulta indiferente, puesto que da lugar al descrédito y la desconfianza. La base consuetudinaria de la regulación legal se deduce del hecho de que la primera fase del proceso o juicio, *iudicium*, tiene lugar ante el magistrado público, pero la segunda y definitiva se desarrolla ante el juez, *iudex*, elegido de común acuerdo por las partes litigantes¹¹⁸.

¹¹⁶ Siguiendo a Ludwig ENNECCERUS, José CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I, 2, Madrid, 1984, pág. 14, define la relación jurídica como *relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho*.

Se atribuye a Immanuel KANT la autoría de la noción de relación jurídica, *Rechtliches Verhältnis, Rechtsverhältnis*, operando ya no en el campo de la razón pura axiomática, sino en el de la razón práctica. En realidad, la elaboración doctrinal corresponde a la Escuela de pandectas (Bernhard WINDSCHEID, Ludwig ENNECCERUS, etc.), frente a la concepción dogmática del derecho subjetivo por parte del iusnaturalismo racionalista. Al mismo tiempo, esta Escuela desarrolla la teoría del hecho, acto y negocio jurídico, *Rechtsgeschäft*, basada en la autonomía del voluntad individual y colectiva. En definitiva, junto a los macro-ordenamientos jurídicos estatales e interestatales, reconocemos los micro-ordenamientos, a saber, el de cada una de las familias o sociedades conyugales; el de cada una de las empresas o sociedades mercantiles, el de cada uno de los municipios del Estado y así sucesivamente ...

En este sentido, se plantea la dificultad de separar tajantemente los usos económico-sociales, la norma positiva y la aplicación de la misma, tanto en la práctica contenciosa y judicial como en aquella otra no contenciosa y extrajudicial, a pesar de los esfuerzos realizados desde el positivismo jurídico. Según Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, 1986, pág. 178, la relación jurídica no es una relación vital que fuera determinada externamente por las normas jurídicas, sino que es solo la forma normativa misma. Se trata aquí de una visión normativista, por su mero alcance unidimensional.

Más recientemente, Alf ROSS (Escuela de Uppsala), que comenzó siendo kelseniano para pasar después al realismo jurídico, rechaza la validez *a priori* que sitúa al Derecho por encima de los hechos jurídicos, siendo así que este ha de ser considerado *purely as a fact*, es decir, que su validez depende de la implantación que llegue a adquirir en la vida económico-social, política, etc.

¹¹⁷ Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, págs. 447-448.

¹¹⁸ En síntesis, el modo primitivo de vinculación jurídica se da entre actor y reo y tiene carácter personal (comparecencia forzosa y ejecución forzosa personal, *manus iniectio*). Con posterioridad, cae en desuso la

De acuerdo con estas premisas, puede definirse la relación jurídica como vinculación impuesta por la convivencia social, que el Derecho viene a reconocer y reforzar, entre dos posiciones subjetivas enfrentadas, activa y pasiva, y que surge, se desarrolla y se extingue en virtud de los correspondientes hechos jurídicos. Los caracteres que presenta la relación jurídica son: 1º.- Singular o casuístico, esto es, individualizado, ubicado, datado, único e irrepetible, frente a la naturaleza general de la norma objetiva. Hablamos, pues, de un número indefinido, *numerus apertus*, de figuras concretas, lo que contrasta con el *numerus clausus* de preceptos vigentes; 2º.- Dependiente de la prueba, puesto que los hechos jurídicos de los que depende la relación han de ser probados, salvo que sean públicos y notorios, mientras que las normas legales publicadas no requieren la *probatio*, siendo conocidas de antemano por el juez, *iura novit curia*. 3º.- Dinámico, ya que surgen, se desarrollan y se extinguen a lo largo del tiempo, en contraposición al carácter estático de la norma positiva, cuya irretroactividad, en general, excluye que su eventual modificación pueda ser aplicada a las relaciones ya constituidas al amparo de la normativa precedente; 4º.- Complejo, en el sentido de que la relación se rige no solo por normas de derecho necesario, *ius cogens*, que las partes no pueden modificar, sino que también tenemos normas de carácter dispositivo, *ius dispositivum*, que solo resultan aplicables en defecto de pactos entre las partes. A partir de los pactos, las partes interesadas pueden modificar el régimen de los institutos tipificados legalmente; introducir figuras mixtas o híbridas; e incluso crear figuras atípicas, aceptadas por la práctica social, la costumbre, el uso del foro, *usus fori*, y la jurisprudencia¹¹⁹.

A propósito de la clasificación de las relaciones jurídicas, distinguimos varias modalidades, atendiendo a criterios diversos. Desde el punto de vista subjetivo, unipersonales y pluripersonales. Considerando su objeto, hablamos de relaciones reales y personales. Si nos atenemos al tiempo, temporales e indefinidas. Por la continuidad, transmisibles e intransmisibles. Finalmente, aludimos a relaciones jurídicas *inter vivos* y relaciones *mortis causa*. Las primeras son aquellas que se desarrollan durante la vida de las personas físicas que se encuentran en las posiciones activa y pasiva. Las segundas, en cambio, son transitorias y solo se mantienen durante el intervalo que va desde el fallecimiento de la persona física hasta la subrogación del sucesor en la posición del citado causante. Estas relaciones pueden ser consensuadas o contenciosas.

comparecencia forzosa y la ejecución personal en el proceso civil, por lo que pasaríamos al vínculo patrimonial. En el proceso criminal, pervive la ejecución personal, salvo en los delitos sancionados con pena pecuniaria.

¹¹⁹ Art. 1255 CC [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

6.2 Cuestión debatida: Forma externa *versus* voluntad interna

La Escuela de pandectas alemana, cuya influencia en la doctrina contemporánea es notoria, ha situado a la voluntad y a la autonomía de esta, operando como hechos jurídicos de forma unilateral o consensual, en el eje sobre el que gira y se desarrolla toda relación jurídica. Estamos ante un concepto de tres caracteres: 1º.- Dinamizador; 2º.- Abierto o indefinido¹²⁰; 3º.- Corporal e incorporal de modo simultáneo.

Voluntad es determinación del sujeto, interna, libre, consciente, querida y exteriorizada, para realizar actos jurídicos, destinados a producir consecuencias jurídicas. Es importante distinguir los actos declarativos de los ejecutivos. Autonomía de la voluntad es aptitud del sujeto para establecer reglas mediante pactos, cláusulas o convenciones, que dan lugar al negocio jurídico y a sus consecuencias derivadas. Todo ello bajo la denominación genérica de hecho jurídico. En síntesis, “hecho jurídico”, en sentido amplio, comprende tres categorías: 1ª.- Los hechos no dependientes por completo de la voluntad del sujeto; 2ª.- Los actos jurídicos, dotados de un régimen legal que la voluntad no puede alterar; 3ª.- Los negocios jurídicos, dotados de un régimen legal que la voluntad puede alterar.

La voluntad es, por tanto, el elemento esencial de los actos y negocios jurídicos, para lo que ha de cumplir los requisitos establecidos tanto internos como externos. Se habla, en principio, de ausencia de voluntad (la prestada por menores de edad o por personas discapacitadas) y de vicios del consentimiento (coacción, miedo, error, dolo civil). Por otro lado, la forma no es otra cosa que el modo de manifestarse, exteriorizarse o declararse la voluntad interna. En determinados supuestos, la ley impone un modo determinado de declaración para la validez del acto o negocio, formalidad solemne o *ad sollemnitatem*¹²¹, mientras que en otros la ley permite que las partes interesadas puedan adoptar el modo de declaración y constancia que estimen pertinente en cada caso, formalidad variable meramente probatoria o *ad probationem*¹²². En cualquier caso, queda planteado el problema de la concordancia entre formalidad externa y voluntad interna. En este sentido, conviene no confundir dos posibles criterios interpretativos a seguir: 1º.- La formalidad abstracta, considerada con independencia de dicha voluntad interna; 2º.- La formalidad causal, considerada junto con la voluntad interna. En este sentido, resulta que los más antiguos negocios jurídicos del Derecho romano, surgidos con motivo de la secularización o tránsito de los rituales religiosos a las nuevas formas de convivencia civil, se caracterizan por la solemnidad y el formalismo oral o verbal¹²³ impuesto rigurosamente por la ley. Formalismo significa que la producción de efectos jurídicos depende única y exclusivamente de la pronunciación de las palabras solemnes, en las condiciones establecidas, con independencia de cuál sea la voluntad interna del sujeto.

¹²⁰ Por hecho jurídico, *factum iuris*, entendemos toda manifestación de la vida práctica de convivencia, que cae bajo el ámbito de vigencia, personal, territorial y temporal, del Derecho. El hecho jurídico, en sí mismo considerado, como realidad jurídica diversa de la norma legal, ya tiene acogida en Roma, como pone de manifiesto, por ejemplo, la distinción entre posesión y propiedad, así como entre *actiones in factum conceptae* y *actiones in ius conceptae*. Es más, el núcleo central del Derecho romano está constituido por el conjunto de recursos procesales admitidos por el Edicto del pretor, ante situaciones fácticas estimadas dignas de protección, pero no contempladas en la ley de la XII Tablas, ni en las escasas leyes comiciales que con posterioridad se aprobaron. Podría afirmarse, en términos generales, que el reconocimiento jurisdiccional del interés socialmente admitido y protegido ha precedido a su sanción legislativa.

¹²¹ Art. 1280 CC.

¹²² En aquellos negocios jurídicos en que la ley no impone a las partes forma solemne determinada, la voluntad puede exteriorizarse de cualquier modo, con la única condición de que no deje lugar a dudas acerca del significado y alcance de la decisión adoptada, Eduardo VOLTERRA, *Ob. cit.*, págs. 161.

¹²³ Entre ellos, citamos las *legis actiones*, la *mancipatio*, la *stipulatio*, la *in iure cessio*, la *acceptilatio*.

Puede decirse que este régimen formalista se mantiene vigente, en el ámbito del *ius civile*, hasta finales de la república¹²⁴. Más en particular, hasta la época en que tuvo lugar el proceso de la *Causa Curiana*, que vino a representar el tránsito al periodo posterior marcado por la formalidad meramente probatoria, en determinados supuestos, y por la formalidad escrita *ad sollemnitatem*, en otros, como ocurre con el testamento¹²⁵. Lo cierto es que, a partir de ahora, los abogados, jueces y juristas van a tener en cuenta tanto la voluntad interna como la forma externa, en la solución de los casos prácticos planteados, surgiendo así la polémica entre los partidarios de la mera interpretación literal y los defensores de la interpretación finalista o teleológica que atiende al espíritu de la norma.

La sola interpretación literal otorga preferencia a la forma externa, es decir, la palabra pronunciada o aquella que figura en el documento escrito, de modo que, si esta es clara y precisa, no ha lugar a plantear la *quaestio voluntatis*¹²⁶: *In claris non fit interpretatio; Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, etc.* Solo en los casos más difíciles, se permitiría el recurso a las pruebas internas de carácter volitivo, anímico y psicológico¹²⁷. Podría afirmarse que este criterio interpretativo es garantía de rapidez y agilidad procesales, sencillez y, en principio, seguridad y certeza jurídicas, pero se corre el riesgo de cometer faltas de equidad o injusticias, puesto que no se tiene en cuenta la falta de concordancia entre voluntad interna y voluntad declarada, no sancionándose los vicios de la voluntad, la simulación, la falsedad o el fraude.

La interpretación integradora de la norma, el testamento o el contrato ha surgido ante la necesidad de superar los inconvenientes del modelo anterior. Viene a cumplir una función moderadora tanto en materia contractual como testamentaria, incluso en el campo delictivo y criminal. A partir de la convicción de que la forma y la acción externas no son más que manifestaciones o representaciones directas de un estado anímico interno, se otorga rango preferente a la voluntad unilateral, el consenso y la intencionalidad¹²⁸. Todo ello, con el inconveniente de que se trata de elementos inmateriales, no accesibles de modo directo a los sentidos ni a la experiencia empírica. Por tanto, no son susceptibles de una prueba directa, por acumulación de indicios precisos y concretos, sino que habríamos de conformarnos con la llamada prueba indirecta o por presunciones judiciales. Así las cosas, el modelo puede acabar degenerando en demora procesal, prolongación y complicación injustificada de las causas del foro.

¹²⁴ En realidad, el Edicto del pretor, durante la república, ya permitía la impugnación de contratos por razón de engaño, fraude, dolo, etc.

¹²⁵ Con posterioridad a la época ciceroniana, el jurista GAYO, en sus Instituciones, afirma que las acciones de la ley, *legis actiones*, se hicieron odiosas por su estricto formalismo, de tal modo que un simple error de pronunciación de las palabras rituales daba lugar a la pérdida del litigio (G. 4, 30). Por ello, cayeron en desuso y fueron sustituidas por las fórmulas del Edicto del pretor. La *mancipatio* ya ha desaparecido de la compilación justiniana y la *stipulatio* se ha transformado por completo.

¹²⁶ Art. 1281 CC.

¹²⁷ PAULO, D. 32, 25, 1: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti quaestio voluntatis* (Cuando no hay ambigüedad en las palabras, no se admite la investigación sobre la voluntad).

Interpretatio habet enim proprie locum in rebus obscuris et ambiguiis.

¹²⁸ C. 4, 22, 1: *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet.*

PAPINIANO, D. 50, 16, 219: *In conventionibus voluntatem potius quam verba spectari placuit.*

6.3 CASO PRÁCTICO: LA CAUSA CURIANA

Antecedentes de hecho

Llamamos *Causa Curiana* al proceso judicial, datado en el año 92 a. C., en el que intervino el jurista Quinto MUCIO SCAEVOLA, por una parte, y el orador Licinio CRASO, por otra, según la información que nos transmite M. T. CICERÓN, *De Oratore* 1, 39, 59:

El testador Marco C., creyendo que su mujer estaba embarazada, instituyó como heredero universal al hijo que debía nacer.

Por otro lado, en el caso de que dicho heredero instituido muriese antes de alcanzar la pubertad, el testador dispuso la sustitución de este por M. Curio. Más tarde fallece el testador, pero el hijo que se esperaba no llega a nacer. Esto supuesto, M. Curio pretende la herencia, pero a él se oponen los parientes de Marco C., alegando que tienen derecho a la sucesión intestada, en defecto de testamento, puesto que este resulta inaplicable.

He aquí las dos disposiciones fundamentales del testamento de Marco C., en su redacción literal:

1ª.- *Si filius meus conceptus nascitur, heres esto*¹²⁹.

2ª.- *Si moriatur antequam in pubertatem venerit, Curius heres esto*¹³⁰.

Fundamentos de Derecho

Se debate aquí entre la posibilidad de sustitución del heredero testamentario designado en primer lugar, *nasciturus*, por Curio, o la de sucesión *ab intestato*, en favor de los parientes más próximos de Marco C. Este proceso ha sido visto como ejemplo ilustrativo de la polémica entre el enfoque tradicional y el planteamiento innovador, esto es, en torno a la preferencia de la forma, es decir, de la literalidad de las palabras, *verba*, o bien de la voluntad del testador, *voluntas testatoris*. La interpretación voluntarista de Licinio CRASO acaba imponiéndose a la interpretación estrictamente literal de Quinto MUCIO SCAEVOLA. Y se convertirá finalmente en regla general, conservada todavía en el Digesto de Justiniano¹³¹.

¹²⁹ Si mi hijo concebido llega a nacer, sea mi heredero.

¹³⁰ Si muriese antes de llegar a la pubertad, sea mi heredero Curio.

Estas cláusulas, interpretadas literalmente, resultan inaplicables, puesto que el hijo ni ha nacido ni ha fallecido antes de llegar a la pubertad. Pero, si se tuviera en cuenta la probable voluntad interna del testador, podría entenderse que prefirió a Curio, y no a otros, puesto que a él se refirió expresamente.

https://canal.uned.es/video/5a6f9653b1111f6e278b4af3?track_id=5a6f9653b1111f6e278b4af5

¹³¹ Digesto 28, 6, 4.

6.- DERECHO Y RELACIÓN JURÍDICA

6.1 Idea pandectística de relación jurídica intersubjetiva, a partir del *vinculum iuris*

PRECEDENTES ROMANOS: *Vinculum iuris (obligatio)* es nexo, ligamen o atadura incorporal entre dos sujetos, activo y pasivo, en términos de poder-deber que, en determinadas circunstancias, se transforma en vínculo corporal sobre la persona física o su patrimonio.



ESCUELAS CONTEMPORÁNEAS: Escuela alemana de pandectas: A partir de esta doctrina, puede decirse que la relación jurídica tiene estos caracteres: singularizado y concreto, indefinido, dinámico y complejo (*ius cogenes, ius dispositivum*, usos sociales)

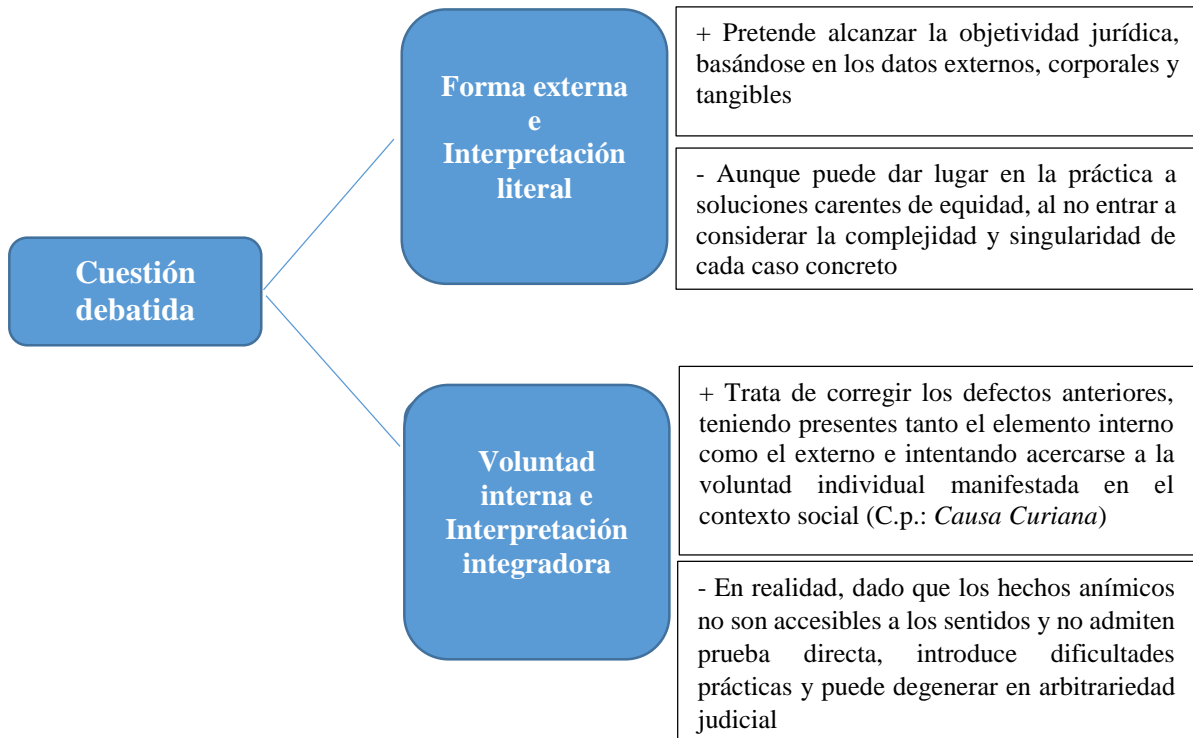
Escuela austríaca positivista: Niega que la relación jurídica sea una relación vital formalizada por la norma, sino que se trata de la forma típica considerada en sí misma

Escuela escandinava del realismo jurídico: Sitúa el ordenamiento jurídico en el plano de la vigencia social y efectiva, y no en el de la vigencia meramente formal



IDEA DE RELACIÓN JURÍDICA: Modo de intercambio o agrupación generado por la convivencia social que el Derecho reconoce y refuerza, el cual surge, se desarrolla y extingue como consecuencia de determinados hechos jurídicos

6.2 Cuestión debatida: Forma externa *versus* voluntad interna



7.- DERECHO Y DISCIPLINAS AFINES EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA NATURAL, MORAL Y RACIONAL

7.1 Orientación pluridisciplinar tradicional (*divinarum atque humanarum rerum notitia*)¹³²

En su sentido etimológico, el término disciplina, del verbo *disco-discere, διδάσκω*, que significa aprender, equivale a aprendizaje o interiorización del conocimiento, ajustándose al objeto o materia de que se trata, así como a la consiguiente actuación del sujeto, en su caso. *Scientia*, del verbo *scio* que significa saber, equivale a sabiduría. A propósito de las disciplinas jurídicas, *ius civile, ius gentium, ius publicum, ius privatum*, etc., los autores antiguos no se plantean este problema como una actividad mecánica y aséptica, circunscrita al campo del “ser” y ajena al ámbito del “deber ser”, sino como práctica de un cúmulo de virtudes. *Virtus* es entendida como aptitud espiritual de la persona para obrar rectamente, ante opciones diversas, tanto en el plano descriptivo de los hechos jurídicos como en el prescriptivo de la conducta. Estamos, pues, ante una concepción idealista.

De acuerdo con la Ética aristotélica¹³³, recibida y difundida gracias a M. T. CICERÓN, entre otros, los juristas clásicos consideran, ante todo, las virtudes referidas precisamente al conocimiento descriptivo de las cosas, *notitia rerum divinarum atque humanarum*¹³⁴. A ellas, se contraponen el desconocimiento o la ignorancia, al igual que la difusión o transmisión de nociones erróneas o falsas. Pero las disciplinas del *ius* no se limitan a explicar cómo son los hechos que realizan las personas, sino que entran a valorar la conducta y a regularla, estableciendo cómo debe ser. Por esta razón, los juristas hablan de la prudencia en el sentido ciceroniano¹³⁵ y de la jurisprudencia, *iusti atque iniusti scientia*. Además, destacan, entre las virtudes ordenadoras de la conducta, la justicia y la

¹³² Frente a la noción tradicional, idealista y voluntarista, se han alzado determinadas concepciones modernas y contemporáneas, de signo empírico, materialista, utilitarista y determinista.

¹³³ Guillermo FRAILE, *Historia de la Filosofía, I, Grecia y Roma*, Madrid, 1990, págs. 527 y ss. La Ética aristotélica distingue las virtudes intelectuales (dianoéticas: entendimiento intuitivo, ciencia y sabiduría, arte, prudencia) de las virtudes morales (éticas: entre otras, liberalidad, veracidad, amabilidad, justicia distributiva, justicia conmutativa, equidad). La ciencia y la sabiduría, *ἐπιστήμη, σοφία*, tienen por objeto lo universal y necesario y consisten en la facultad de demostrar, procediendo por deducción. Más allá del campo de este conocimiento científico, se encuentra el de la opinión, *δόξα*. La prudencia, *φρόνησις*, es una virtud esencialmente práctica, cuya función consiste en deliberar de modo correcto para obrar rectamente. Presupone la ciencia, la experiencia y la deliberación.

La justicia, *δικαιοσύνη*, es considerada la virtud por excelencia y consiste en la sujeción de todos los ciudadanos a la ley (justicia legal). La justicia distributiva o proporcional tiene por objeto el reparto de los cargos, honores, etc., atendiendo al mérito de los sujetos, así como el reparto de las cargas, tributos, etc., atendiendo a la riqueza y los recursos propios (igualdad geométrica). La justicia conmutativa versa sobre las relaciones de unos ciudadanos con otros, en materia contractual y extracontractual, de modo que la igualdad aquí ha de ser estricta, recíproca o aritmética. Al derecho de uno de no dañar a otro corresponde el de este último frente al primero, *alterum non laedere*. Y, en su caso, una de las partes tiene el deber de indemnizar a la otra, de igual modo que esta lo tiene con respecto a la primera.

La equidad, *ἐπιείκεια*, es el hábito de interpretar y aplicar la ley, determinando lo que es justo en el caso concreto, ya que, siendo la ley universal, esta no puede prever las circunstancias específicas de dicho caso singular. Por eso es necesaria la equidad, que se distingue por su flexibilidad, corrigiendo el rigor de la prescripción normativa. Y así lo mantendrá Hugo GROCIO en la Edad Moderna: *aequitas est virtus correctrix eius in quo lex propter universalitatem deficit*.

¹³⁴ Digesto 1, 1 *De iustitia et iure*, 10, 2 (ULPIANO Libro I Regularum).

¹³⁵ M. T. CICERÓN, *De Officiis* 1, 153, *Prudentia (Φρονησις) est rerum expetendarum fugiendarumque scientia*.

equidad, situando a la *iustitia* en el mismo campo semántico del *ius*, al que definen como *ars boni et aequi*¹³⁶.

Además de este primer carácter idealista de la *scientia iuris*, los autores se refieren a otro que denominamos indeterminista, puesto que, a partir de la libertad (*libertas, ελευθερία*) y de la autonomía del ser humano, estiman que la vida humana, individual y social, no responde a un principio de causalidad necesaria, predeterminado, uniforme y permanente, sino que resulta imprevisible, variable e irregular. En tercer lugar, la *scientia iuris* es omniabarcadora, puesto que presenta, en parte, naturaleza ontológica, descriptiva de los hechos jurídicos, siguiendo una rigurosa metodología probatoria, y, en parte, deontológica, valorativa y prescriptiva de la conducta humana en la vida asociada, siguiendo la metodología normativa e interpretativa. Asimismo, puede hablarse de su naturaleza omnicomprensiva, en cuarto lugar, pues tiene por objeto regular e intervenir en todas y cada una de los campos en que se desenvuelve la vida en comunidad (religioso, familiar, público, privado, comercial, político, militar, cultural, etc.). En quinto lugar, es plurifuncional, en el ámbito imperativo, prohibitorio, punitivo, coercitivo y, en cierta medida, incluso cumple la función consultiva, que ejercen los juristas, aconsejando a los operadores jurídicos, públicos y privados, ante las dudas y cuestiones que la práctica va planteando. Así las cosas, el Derecho deja abierto, ante los operadores jurídicos, un amplio abanico de posibilidades. Se hace, pues, imprescindible el recurso al asesoramiento por parte de profesionales especializados en disciplinas afines que no se confunden con el Derecho, pero que no pueden ser separadas de él por completo. Las disciplinas jurídicas reciben constantemente la información y asesoramiento que le suministran otras disciplinas especializadas (Medicina y Psiquiatría forenses, Ética, Política, Economía, Sociología, Lógica, etc.), con el fin de que los operadores jurídicos puedan desempeñar sus funciones, en el momento de regular y aplicar la norma, entre las que se encuentran la delimitadora de libertades, organizadora, agrupadora, mediadora-reguladora, mediadora-juzgadora. En efecto, a partir de M.T. CICERÓN, tiene lugar la recepción de la filosofía griega, en sus tres dimensiones, natural, moral y racional¹³⁷, por parte de la jurisprudencia romana.

¹³⁶ Digesto 1, 1, 1 pr. (CELSO, ULPIANO *Libro I Institutionum*).

¹³⁷ En materia de medicina hipocrática, nos sirve de ejemplo el texto de D. 1, 5, 12: *Receptum est propter Hippocratem septimo mensi nasci perfectum partum*, relativo a los requisitos del parto y nacimiento y a los plazos de la presunción de paternidad del marido.

Por otro lado, el término de origen griego latinizado *ethica* tiene su raíz en el vocablo *ἔθος ο ἥθος*, que los latinos suelen traducir por *mos*, en el sentido de comportamiento habitual, uso social, incluso costumbre. Se trata de una conducta mantenida, en principio, en ámbitos reducidos, entre personas muy próximas, es decir, en relaciones de familiaridad, vecindad, hermandad, amistad, solidaridad, etc. La Ética tiene su origen en el optimismo antropológico, *bona fides praesumitur*, y el altruismo, *alii facere quod sibi vult fieri*. Carece, pues, de la fuerza coactiva del Derecho en el fuero externo, lo que no significa que su transgresión sea indiferente, puesto que ello lleva consigo el descrédito y el rechazo social. Tiene por objeto discernir entre las virtudes y los defectos, aconsejando lo primero y previniendo contra lo segundo.

Desde otro punto de vista, el vocablo de origen griego latinizado *politica* tiene su raíz en la palabra *πόλις*, que los latinos suelen traducir por *civitas*, en el sentido de organización representativa del pueblo o *populus*, en el ejercicio de los poderes públicos. Se trata de dos modos de agrupación amplia que abarca a las familias, las gentes, etc. en un contexto de relaciones muy complejas en las que, al mismo tiempo, se dan cita intereses contrapuestos y compartidos. La Política tiene su origen en el pesimismo antropológico, *communio est mater discordiarum*, y el utilitarismo, *do ut des*. Tiene por objeto discernir entre las formas de gobierno y de estado rectas y corrompidas, aconsejando lo primero y disuadiendo de lo segundo. Carece

7.2 Cuestión debatida: Concepción ideológica *versus* concepción científica del *ius* y el Derecho

A propósito de la disyuntiva “ideologías-ciencias”, nos remontamos a la precedente, “sofística-filosofía”. La sofística, representada por PROTÁGORAS, GORGIAS, etc., ha sido criticada por su tendencia a la venalidad, al utilitarismo, al relativismo y, en el fondo, al escepticismo. La filosofía (SÓCRATES, PLATÓN, ARISTÓTELES) es considerada camino de acceso a la sabiduría. Simultáneamente, en contraste con el idealismo socrático-platónico, tenemos el materialismo en la versión de los atomistas (LEUCIPO, DEMÓCRITO). Ya en el siglo XIX, a partir del materialismo dialéctico marxista, la noción de ideología o superestructura ideológica ha sido identificada con la cosmovisión religiosa, ética, política, e incluso jurídica, que no trataría de explicar ni responder a la realidad, sino de enmascararla y justificarla. En cambio, la ciencia, desprovista de todo contenido moral y centrada en la crítica de la economía política, *Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie*, vendría a poner de manifiesto la infraestructura socio-económica, derivada de la dominación y la explotación, cuyo resultado último sería el conflicto social y la lucha de clases¹³⁸, *Klassenkampf*. Sin embargo, a partir de los estudios de Max WEBER¹³⁹, la noción de ideología ha sido desarrollada y completada, resultando evidente que, en el campo de las ciencias humanas y sociales, no hemos alcanzado todavía la objetividad y neutralidad, por lo que no puede desconocerse la importancia de las ideologías, esto es, de los sistemas explicativos de la sociedad que tienden a justificarla o criticarla y sirven de base a una acción para conservarla o destruirla. Como ha señalado Maurice DUVERGER¹⁴⁰, las ciencias sociales, Ética, Política, Sociología, Economía, Derecho, se encuentran en una fase poco avanzada de desarrollo, puesto que tiende a prevalecer la ideología sobre la observación objetiva y neutral de la realidad histórica y actual. A propósito de ideología, el Autor atribuye carácter ideológico tanto a la mentalidad individualista, que pone el acento en la libertad, como a la colectivista, que subraya la igualdad, ante la escisión social en dos fuerzas antagónicas, dominante y dominada. Además, ambas posturas no son absolutas, sino relativas, ya que la ideología individualista será conservadora en un régimen liberal y crítica en uno socialista, mientras que la ideología colectivista será conservadora en el régimen socialista y crítica en el liberal.

Esto supuesto, desde un planteamiento no dogmático abierto al debate, ideología y ciencia no parecen fácilmente separables; incluso, podrían ser consideradas como dos aspectos

de la fuerza coactiva del Derecho, pero su transgresión lleva consigo el descrédito y repudio de los gobernantes.

Por su parte, la Dialéctica nos enseña a distinguir entre argumentación y falacia, operando con proposiciones verosímiles o probables, *dialectica disputando vera et falsa diiudicetur*. La Tópica suministra los lugares *comunes*, *locus communis*, *τόπος*, admitidos por ambas partes, para que el debate pueda realizarse. Cuando la argumentación dialéctica no llega a conclusiones probables, se recurre a la Retórica (*ars bene dicendi ad persuadendum de iusta et bona*), que nos ofrece los recursos para persuadir y refutar a la parte contraria, *τρόπος*, pero sin sobrepasar determinados límites, siguiendo la ordenación del discurso que nos facilita la Oratoria, ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* 2, 1; 2, 22.

¹³⁸ Desde la perspectiva del materialismo histórico, el Derecho, junto con las disciplinas afines, desde Roma y hasta el Estado contemporáneo, tanto liberal como de economía de mercado, solo habría sido mera superestructura ideológica, tendente a encubrir los conflictos y perpetuar la verdadera infraestructura económico-social, *status quo*. Gonzalo PUENTE OJEA, *Ideología e Historia, El fenómeno estoico y el cristianismo como fenómeno ideológico*, 2 vols., Madrid, 1974.

¹³⁹ Max WEBER, *El político y el científico*, Madrid, 1979.

http://www.politicasciti.net/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=43&Itemid=74&lang=es

¹⁴⁰ Maurice DUVERGER, *Sociología de la Política*, Barcelona, 1976, pág. 23.

de una sola realidad inescindible. La primera fomenta la autoestima, individual y grupal, reforzando la voluntad y la competitividad, pero degenera en partidismo, sectarismo y conflictividad. En cambio, la segunda trata de corregir desde la neutralidad e imparcialidad las consecuencias nocivas a que conduce la lucha ideológica. Sin embargo, puede acabar también degenerando en las formas odiosas del especialismo y el cientifismo dogmático e intransigente.

Desde el criterio aristotélico ecléctico, *ἐκλεκτικός*, que tiende al equilibrio entre dos posiciones extremas, y de alternancia cíclica (opuesto al maniqueo de exclusión mutua), puede afirmarse que las disciplinas jurídicas y afines se han orientado, en parte, hacia el cumplimiento de la función mediadora en nuestra civilización de origen greco-latino. Así, la Jurisprudencia se ha definido como la ciencia de lo justo y lo injusto. De igual modo, las virtudes de la Ética, en contraposición a los vicios o defectos, han pasado incluso al campo jurídico. La Política ha denunciado la sucesión de regímenes rectos y corrompidos. La Dialéctica ha enseñado la argumentación basada en proposiciones apodícticas, frente a la relativa a premisas opinables probables, así como a no confundir argumentación con falacia. En efecto, ARISTÓTELES¹⁴¹ distingue las formas de gobierno¹⁴² rectas de las corrompidas: *Si unus aut pauci aut multi ad bonum commune dirigunt imperium, recta est respublica. Si ad solam utilitatem unius, aut paucorum aut multorum, degenerata est*¹⁴³. POLIBIO y M. T. CICERÓN difunden en Roma la teoría de la anaciclosis, *ἀνακύκλωσις*, y la constitución mixta que llegará a autores contemporáneos como MONTESQUIEU, Jean J. ROUSSEAU o Lord ACTON (*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*). La historia muestra la sucesión alternativa, en cuanto a formas de estado, de periodos de estabilidad e inestabilidad y la alternancia de formas de gobierno rectas, simples o mixtas, y corrompidas: Monarquía, Tiranía, Aristocracia, Oligarquía, Democracia, Demagogia.

La vida y obras de autores como SÓCRATES, M. T. CICERÓN, SÉNECA o ULPIANO parecen avalar también la respuesta favorable parcialmente a la función mediadora, al igual que ciertos hechos como la extensión de la ciudadanía romana a todo el imperio, culminando un proceso secular de integración de pueblos diversos¹⁴⁴. Más en particular, la figura de M. T. CICERÓN resulta paradigmática, en este sentido. Por una parte, se encontraría más próximo a la sofística y la ideología, cuando actúa como político del partido aristocrático y toma decisiones inspiradas exclusivamente en su interés más inmediato. Es el caso de la represión de la conspiración de Catilina. O bien, cuando interviene como abogado en procesos en los que su único objetivo es salir victorioso. Sin embargo, en otras muchas ocasiones, cuando defiende la causa popular frente a los abusos y crímenes de los gobernantes (*Oratio contra Verres*) o difunde en Roma la filosofía socrático-platónica y aristotélica, ética, política y racional, merece el calificativo de filósofo.

¹⁴¹ ARISTÓTELES, *Política* 3, 6.

[http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES.%20Politica%20\(Gredos\).pdf](http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES.%20Politica%20(Gredos).pdf)

¹⁴² El argumento puede hacerse también extensivo a las formas de estado. Formas de Estado: modos de distribuir el poder público en el territorio, que oscilan entre confederación, federación, régimen autonómico y régimen unitario, a lo largo del periodo arcaico, preclásico, clásico, postclásico y justiniano.

Formas de gobierno: modos de organizar el poder público en cada circunscripción territorial resultante, que oscilan entre la constitución simple, monarquía, aristocracia, democracia, y la constitución mixta.

¹⁴³ *Si uno o pocos o muchos actúan conforme al bien común, el gobierno es recto; si lo hacen siguiendo el interés particular, corrupto.*

¹⁴⁴ CONFERENCIA: *Caracalla. Luces y sombras del emperador que extendió la ciudadanía romana*. Eva TOBALINA <https://www.youtube.com/watch?v=goPa-zcHwaw>

7.3 CASO PRÁCTICO: *ORATIO CONTRA VERRES*

El presente caso práctico toma como referencia el primer Discurso forense de Cicerón contra Verres:

Se discute aquí, si se ha de otorgar a Cicerón o a Cecilio la función de abogado acusador de Verres, a quien los sicilianos han denunciado por malversaciones y exacciones ilegales. Ambos han presentado su petición en este sentido. El magistrado competente es el Pretor M. Glabrión y tiene por asesores a los miembros más ilustres del Senado. Sigue a continuación el Discurso pronunciado en audiencia pública, en el año 683 desde la fundación de Roma, contando Cicerón 37 años de edad. Vencido Cecilio, se otorga a Cicerón el cargo de acusar¹⁴⁵.

Bajo la denominación *Orationes Verrinae*, se agrupan siete Discursos forenses de M. Tulio Cicerón (106-43 a. C.), pronunciados o escritos contra C. Verres, tras haber cesado en el cargo de gobernador provincial de Sicilia. El primero es la Instrucción contra Quinto Cecilio, *Divinatio in Q. Caecilius*, candidato a acusador, con el cual Verres esperaba eliminar a Cicerón del proceso. Pero, este último desenmascara la trama y reivindica para sí el derecho de defender a los sicilianos. Obtenido el derecho de sostener la acusación, recoge en Sicilia el material necesario y pronuncia la primera actuación contra Verres, *Actio prima in Verrem*. Bastará con los términos de la acusación para que Verres se acoja a la pena del destierro y sus patrocinadores desistan de su defensa.

Sin embargo, Cicerón no renunciará a publicar sus documentos contra Verres. No pudiendo ya exponerlos de viva voz, los agrupa en su segunda actuación, *Actio secunda*, en cinco discursos: en el primero (*Verres pretor en Roma, De praetura urbana*) da a conocer los turbios comienzos de la carrera política del acusado; en el segundo (*Verres pretor en Sicilia, De praetura Siciliensi*) describe el mal gobierno del acusado en la isla; en el tercero (*Discurso sobre el trigo, Oratio frumentaria*) revela las irregularidades del pretor en la administración de los tributos de cereales; en el cuarto (*Las estatuas, De signis*) deplora el latrocinio de obras de arte y en el quinto (*Los suplicios, De supplicio*) acusa a Verres de haber sometido a tormentos crueles incluso a ciudadanos romanos.

ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*¹⁴⁶)

¹⁴⁵ *Oratio in Verrem, Divinatio. Argumentum: Quaestio. Utrum Cicero, an vero Q. Caecilius constituendus sit accusator C. Verris, quem repetundarum reum siculi postularunt. Petunt accusationem Cicero et Caecilius: Personae Iudicii, Praetor M. Glabrio, eique in consilio viri ornatissimi ex Senatu. Oratio habita est in foro: a. U. c. DCLXXXIII. Ciceronis XXXVII. Victo Caecilio, accusatio ad Ciceronem delata est.*

¹⁴⁶ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- Habiéndose cumplido el tiempo de su mandato, Verres cesa en el cargo de gobernador de la provincia de Sicilia, *propraetor Siciliae*, y regresa a Roma.

2º.- Denuncia, *delatio*, presentada por los sicilianos contra Verres, en defensa de los intereses colectivos, ante el magistrado encargado de las causas de corrupción¹⁴⁷, poniendo en su conocimiento varios hechos que podrían ser constitutivos de delitos diversos contra la Administración pública y quedando debidamente registrada en los archivos públicos.

3º.- Tras un examen preliminar del caso, el magistrado-presidente del jurado popular o *quaestio de repetundis* inicia, de oficio, la investigación pertinente, *inquisitio*, dejando constancia escrita y fehaciente de todas sus actuaciones.

4º.- A la vista de la indagación practicada, tiene lugar el trámite de designación de abogado acusador (o abogado popular, antecedente del abogado fiscal) en el que prevalece la candidatura de Cicerón sobre la de Cecilio¹⁴⁸. El acusador designado solicita que se le conceda un plazo de ciento diez días para hacer las pertinentes averiguaciones en Sicilia.

5º.- A continuación, tiene lugar el nombramiento de Hortensio como abogado defensor de Verres. En su escrito de defensa se opone a las alegaciones de Cicerón. Entre otras cosas, viene a denunciar a aquellos sicilianos que ahora incriminan a Verres y que, en su momento, acudieron a él, ofreciéndole dádivas y presentes, con el fin de obtener determinadas ventajas que, en efecto, obtuvieron.

6º.- Presentación de los cargos de la acusación por parte de Cicerón. Viéndose desbordado Hortensio ante la avalancha de testigos presentados, Verres pierde la confianza en el patrocinio de su abogado y voluntariamente asume la pena del destierro¹⁴⁹.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*¹⁵⁰)

¹⁴⁷ El Tribunal popular permanente para juzgar el delito de extorsión de los magistrados provinciales a las poblaciones locales, *crimen repetundarum*, se denomina *quaestio de repetundis*. Había sido instituido por una *lex Acilia* del año 123 a. C. Con posterioridad, una *lex Iulia* aprobada a instancia de Julio César, el 59 a. C., reordena toda la materia, agravando las penas y tipificando nuevos supuestos en esta materia. La pena impuesta al magistrado condenado es de carácter pecuniario, al doble del valor de lo extorsionado. Son importantes las innovaciones introducidas ahora frente a la represión anterior. Se abandona el juramento para iniciarse el proceso, bastando con la querrela, *delatio nominis*. No es necesario servirse de patronos que ejerzan la acusación, sino que esta puede ser llevada adelante por los propios provinciales. Mientras que en los procesos anteriores se imponía la restitución de las sumas extorsionadas, como si se tratara de un juicio civil, las nuevas sanciones penales van a resultar gravosas para la fortuna y carrera política del condenado. A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 1022.

¹⁴⁸ *Oratio in Verrem, Proemium. Argumentum: Victo Caecilio, inquisitionis tempus in Siciliam dies CX Cicero postulavit (...)*

¹⁴⁹ *Oratio in Verrem, Proemium. Argumentum: (...) sed tantummodo citaret testes ad unumquodque crimen expositum, et eos Hortensio interrogandos daret. Qua arte ita est fatigatus Hortensius, ut nihil, contra quod diceret, inveniret: ipse etiam Verres desperato patrocinio, sua sponte discederet in exilium.*

¹⁵⁰ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

Son los elementos del ordenamiento jurídico correlativos a los hechos mencionados que han de ser interpretados y aplicados:

1º.- El cargo de *propraetor Siciliae*, ocupado por Verres, compete a aquel magistrado republicano al que, finalizada su pretura anual urbana en Roma, se le ha prorrogado su *imperium*, durante otro año en el territorio insular.

2º.- La denuncia, que no debe confundirse con la querrela ni con la acusación, es simple acto de cumplimiento de una obligación ciudadana, por parte de todos aquellos que tengan noticia de un supuesto hecho delictivo, quedando así excluida toda responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento.

3º.- A propósito de la investigación realizada por el magistrado-presidente del jurado popular, es de gran importancia no confundir el “proceso inquisitivo” y el “proceso acusatorio”. El primero de ellos corresponde a la etapa inicial del Derecho romano, mientras que el segundo es el que está vigente en tiempos de Cicerón.

En el proceso desarrollado bajo el principio inquisitivo, el magistrado competente, *quaestor*, tiene el derecho y el deber de proceder de oficio, esto es, de llevar a cabo una investigación, a partir de la querrela o la denuncia. Instruye el sumario y él mismo, si observa indicios suficientes, llevará a cabo la acusación. Pero, además, he aquí lo realmente curioso, también llevará a cabo la *defensio* del acusado. Acumulación de funciones, por tanto, en el *quaestor* que lleva a cabo, ante todo, la *inquisitio*. Ejerce tales competencias ante el pueblo reunido en los comicios; por eso, se habla de juicio popular, *iudicium populi*. Sin embargo, cuando Roma crece, los comicios se ven finalmente desbordados por la sobrecarga en la función judicial penal y se recurre a lo que podemos considerar hoy como antecedentes de los “jurados populares”: las *quaestiones perpetuae*. Entra, por tanto, en funcionamiento el principio acusatorio en el juicio penal público, *iudicium publicum*.

Bajo el principio acusatorio, sigue existiendo un *quaestor* que investiga de oficio, pero su función finaliza con la elaboración del sumario, asimilable a lo que hoy sería la función del actual juez de instrucción. A partir de este momento, entran los abogados o *advocati* de las partes quienes ejercerán la acusación o la defensa. La función acusadora del abogado pasa a ser el centro de gravedad del nuevo sistema, junto a la defensora.

4º.- La acusación es acto formal de incriminación del reo que abre la fase del juicio oral. Admitida a trámite por el magistrado-juez de lo penal, constituye un acto de desarrollo del proceso, que da lugar a una serie de derechos y obligaciones entre las partes acusadora y acusada y que habilita al magistrado-juez para ejercer sus funciones.

En realidad, aquí nos hallamos ante diversas acusaciones que se acumulan en un solo juicio, de tal modo que se forma el llamado “concurso de delitos”.

Para comprender bien la actividad de Cicerón, hemos de distinguir cuatro clases de acusación: la pública, la popular, la particular y la privada. La “acusación pública” es la incriminación que debe presentar de oficio, por imperio de la ley, el abogado competente, *advocatus fisci*, alegando un ilícito socialmente reprochable y pidiendo la pena represora correspondiente. La “acusación popular” es aquella que puede interponer cualquier

ciudadano que, no habiendo sido víctima directa, actúa en defensa del bien común, alegando el delito y solicitando la pena represora. El *advocatus popularis* en la Roma republicana es una figura común que responde a la de un joven orador, que pretende ganarse un puesto en la política a través de su compromiso con el interés de la comunidad. La “acusación particular” es aquella que puede plantear, a través de abogado, la víctima del delito o sus herederos, pero no pidiendo una indemnización, sino alegando el delito y solicitando la pena represora pertinente. Por último, la llamada “acusación privada”, es aquella que “únicamente” puede presentar el ofendido y solo para los delitos semipúblicos o privados, como las injurias y calumnias, no solicitando una indemnización, sino la represión del dolo a través de la pena.

5º.- La admisión a trámite del escrito de defensa permite al acusado, por medio de su representación procesal, formular su oposición conforme a derecho, frente a una posible reclamación infundada de la parte contraria.

6º.- Consideramos, finalmente, la pena de destierro, *exilium*, voluntariamente aceptada. Ya en el proceso comicial, *iudicia populi*, el imputado, hasta el momento de la sentencia, normalmente esperando su condena a muerte, podía exiliarse. Abandonando la ciudad de Roma, se asentaba en otra ciudad aliada, en virtud de tratados internacionales que reconociesen este derecho. El exilio supone algo tan grave como la expatriación del reo; conlleva la pena de la *interdictio aquae et igni* (prohibición de agua y fuego), que comporta, además de la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de sus bienes y la prohibición, bajo pena de muerte, de pisar territorio romano¹⁵¹.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES (*Responsa prudentium*¹⁵²)

La solución a este caso práctico, mediante la oportuna sentencia judicial, ha de estar basada en la consulta de la jurisprudencia sobre la materia de que aquí se trata. Los precedentes que nos ofrecen los juristas MARCIANO y OTROS nos llevan a distinguir varios aspectos:

1º.- Como nos recuerda MARCIANO en el Digesto¹⁵³, la ley Julia de las concusiones o cohechos, *lex Iulia repetundarum*, se refiere literalmente a *aquellas cantidades que alguno tomó hallándose constituido en magistratura, potestad, administración, legación o en algún otro oficio, cargo, o ministerio público, o cuando forma parte de la comitiva de alguno de estos*.

2º.- En otros pasajes del Digesto relativos al Derecho penal, por ejemplo D. 48, 15, 6, 2, el concepto de “autor del delito” se extiende también a todos aquellos que han cooperado directamente en la ejecución de la acción punible.

¹⁵¹ A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 343-344.

¹⁵² Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas al respecto.

¹⁵³ MARCIANO Digesto 48, 11, 1 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est.

3°.- Esto supuesto, podríamos interpretar que el llamado “cohecho pasivo” es un solo delito de carácter bilateral, realizado tanto por el magistrado que se corrompe, recibiendo un dinero, de modo no justificado, como por el particular, que toma la iniciativa y solicita la concesión de un beneficio que, efectivamente, obtiene.

4°.- En la actualidad, tiende a prevalecer la doctrina favorable a la distinción entre “cohecho pasivo” del funcionario y “cohecho activo” del particular, considerados como dos figuras autónomas.

5°.- Asimismo, la prevaricación y el cohecho son dos figuras diversas.

7.- DERECHO Y DISCIPLINAS JURÍDICAS Y AFINES EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA NATURAL, MORAL Y RACIONAL

7.1 Orientación pluridisciplinar tradicional (*divinarum atque humanarum rerum notitia*)

PRECEDENTES GRECO-LATINOS: Las disciplinas jurídicas no surgen atomizadas, sino integradas en el *liber institutionum*, *liber digestorum* o *Corpus Iuris*, de conformidad con el principio idealista y no determinista. Al mismo tiempo, las disciplinas afines suministran información y asesoramiento imprescindibles a los operadores jurídicos

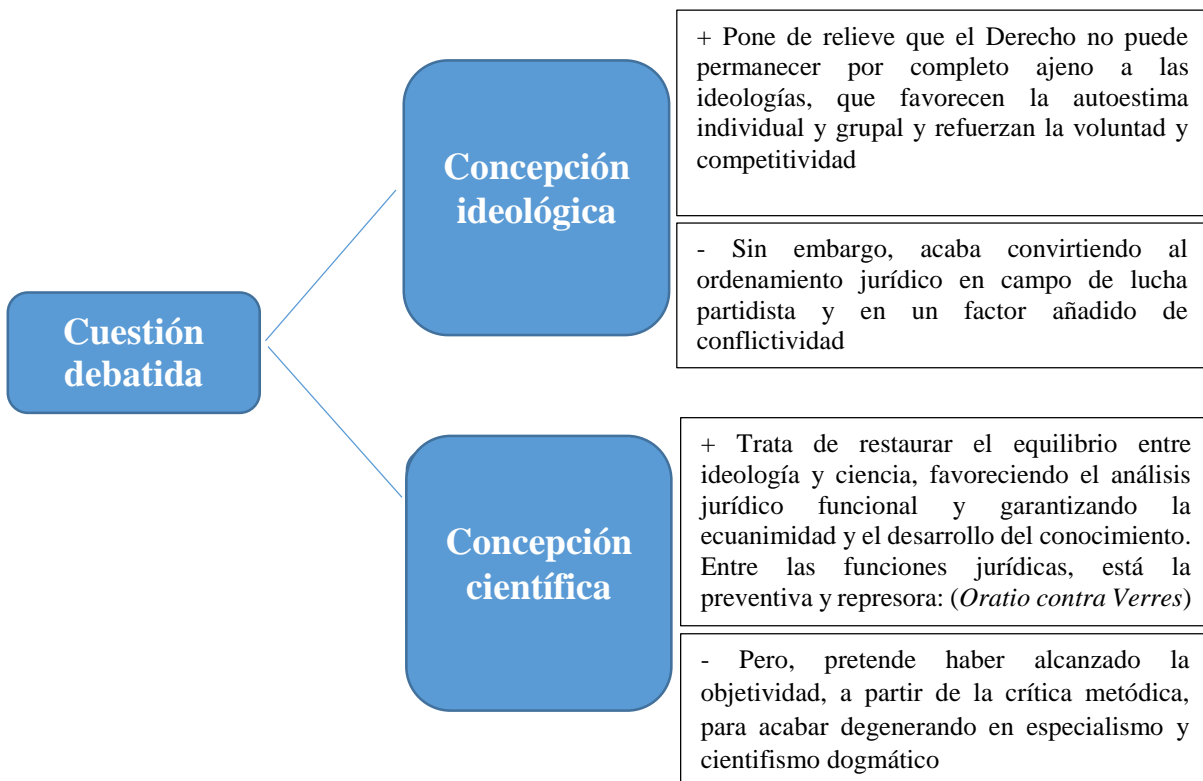


CONCEPCIONES CRÍTICAS MODERNAS Y CONTEMPORÁNEAS: **Crítica al método aristotélico-tomista, es decir, a los silogismos analíticos y al argumento de autoridad:** *Novum Organon* (F. BACON) y método empírico e inductivo
Crítica de la Economía Política: Se contraponen la superestructura ideológica y la infraestructura económico-social. El Derecho queda enmarcado en la primera. Solo el materialismo dialéctico conduce a la ciencia
Positivism epistemológico y jurídico: Reacción frente al iusnaturalismo y el economicismo, tratando de construir una ciencia jurídica normativa, ajena a toda influencia ideológica



CONCEPCIÓN PLURIDISCIPLINAR: Tradicionalmente, y actualmente en el contexto de la rehabilitación de la libertad (L. von MISES) y de las orientaciones valorativas y finalistas, esta concepción representa el objetivo de que las disciplinas jurídicas y afines lleguen a desempeñar, de manera coordinada, diversas funciones: organizadora, reguladora, mediadora, etc.

7.2 Cuestión debatida: Concepción ideológica versus concepción científica del ius y el Derecho



8.- DERECHO PROPIO Y COMÚN (NACIONAL E INTERNACIONAL)

8.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico, propio de cada ciudad-estado y común inter-ciudadano o interestatal (*ius proprium-ius commune*)

La expresión latina *ius proprium-ius commune*¹⁵⁴ y su equivalente *ius civile-ius gentium* son indicativas de un fenómeno complejo y constante a lo largo del tiempo. En efecto, ya durante la Edad Antigua, se reconoce, en primer término, la existencia de los ordenamientos propios de cada pueblo y ciudad-estado, *δῆμος, πολις, populus, civitas*, (Atenas, Esparta, Roma, Cartago, etc.), cuyo objeto se centra, ante todo, en las relaciones internas. Asimismo, se admite otro ordenamiento, de carácter compartido, que tiene por objeto inicialmente las relaciones jurídicas externas¹⁵⁵.

Sin embargo, no sería correcto partir de la idea de Derecho propio, estatal o nacional, limitándolo estrictamente a relaciones jurídicas y normas internas, y del Derecho común, interestatal o internacional, centrándolo exclusivamente en las externas. La realidad económico-social y política se muestra mucho más compleja. Hemos de partir de una pluralidad y heterogeneidad de entidades políticas o estados que proclaman su independencia y soberanía frente a las demás, aunque, en realidad, no se encuentran aisladas, sino que se reconocen mutuamente y colaboran entre sí. Estamos, ciertamente, ante una dualidad de relaciones jurídicas y de normas, internas y externas, cuyos regímenes dependen de diversas circunstancias.

Toda relación jurídica, interna o externa, es un vínculo impuesto por la convivencia social, que el *ius* viene a reforzar. Nos remontamos aquí a la información que nos transmite M. T. CICERON, a propósito de la importancia de la fe, creencia o confianza entre las personas (*fido, fides, credo, creditum, diffidentia*)¹⁵⁶: *Fundamentum iustitiae est fides, id est, dictorum conventorumque constantia et veritas. (Origen y fundamento de las relaciones sociales justas y del derecho es la “fe” o palabra de honor dada y aceptada como garantía de veracidad de lo que se dice y de mantenimiento de los pactos y convenciones)*. Prolongando esta reflexión, *bona fides* es, en sentido objetivo, regla de conducta acorde con el uso y la conciencia social que el ordenamiento jurídico viene a reforzar, cuyo cumplimiento genera confianza y desarrollo social. Por el contrario, *mala fides* significa comportamiento abusivo, que genera desconfianza y descrédito inmediato

¹⁵⁴ El jurista clásico GAYO comienza sus Instituciones, enunciando esta bipartición: *omnes populi, partim suo proprio, partim communi omnium hominum, iure utuntur (Todos los pueblos se rigen, en parte, por un derecho propio y, en parte, por un derecho común)*. G. 1, 1 = Instit. de Justiniano 1, 2, 1.

¹⁵⁵ Tras la Edad Antigua, en la época medieval, europea y occidental, pervive la distinción entre el *ius commune* y el *ius proprium*. El Derecho común romano-canónico sirve para formar a los juristas en las Universidades; es objeto de recepción en los diversos reinos y regula las relaciones externas interregionales. Por su parte, los ordenamientos propios tienen alcance local y regional. En el ámbito hispánico, estos suelen adoptar la modalidad de Derechos forales.

Durante la época moderna, tras la ruptura de la unidad religiosa y la secularización, el binomio a que aludimos se transforma, de modo que ahora se hace referencia al Derecho natural y de gentes, *ius naturae et gentium*, antecedente inmediato del Derecho internacional, y a los Derechos propios de cada Estado monárquico, que tiende a la forma absoluta de gobierno y a la expansión colonial.

Finalmente, con motivo del proceso descolonizador contemporáneo, distinguimos hoy el Derecho nacional, en sus diversas manifestaciones, y el ordenamiento internacional.

¹⁵⁶ M. T. CICERÓN *De Officiis* 1, 23. Si, entre las personas, impera la desconfianza, las relaciones humanas no resultan viables, por lo que nada hay antes que la *fides: nihil prius fide*.

para el infractor, sin perjuicio de la sanción jurídica correspondiente¹⁵⁷. En sentido subjetivo, *bona fides* es creencia en la veracidad de la palabra dada que se nos ha dado e ignorancia de una eventual deficiencia o falsedad, de modo que gozamos de la presunción y correspondiente protección jurídica¹⁵⁸.

Nos referimos, a continuación, a la distinción entre hechos y relaciones de ámbito interno, *ad intra*, y de carácter externo, *ad extra*: “*Facta et relationes ad intra: Inter Civitatem et cives atque inter cives suo solo*” (Entre el Estado y los ciudadanos, así como entre los ciudadanos, en suelo o territorio propio). “*Facta et relationes ad extra: Inter Civitates atque inter Civitates et peregrinos. Item, inter cives et peregrinos atque inter cives alieno solo*” (Entre Estados y entre el Estado y los extranjeros desplazados. Asimismo, entre ciudadanos y extranjeros y entre extranjeros desplazados). Mientras que las primeras se rigen por la unidad legislativa y jurisdiccional, las segundas, en cambio, se caracterizan por la concurrencia de diversos ordenamientos propios o nacionales y de diferentes órganos jurisdiccionales competentes que entran en conflicto a propósito de una misma relación jurídica. Esto supuesto, los conflictos de ley aplicable y de jurisdicción competente se resuelven por medio de principios generales del Derecho común de gentes, hoy internacional, y de determinadas reglas internas aplicables a las relaciones externas. Se trata de otorgar preferencia a uno de los ordenamientos positivos estatales o a una de las jurisdicciones concurrentes. Yendo más allá de los conflictos de leyes y de competencia jurisdiccional, en materias reservadas, exclusivas y monopolizadas por el Estado, el desarrollo de la actividad comercial entre ciudadanos y extranjeros, *inter cives et peregrinos*, va a generar un régimen alternativo al estatal o nacional, sobre todo en el campo contractual y en el arbitral, esto es, en materias que ya no están sujetas a la competencia estatal exclusiva, sino a la meramente supletoria.

Asimismo, la práctica jurídica muestra cómo determinadas normas internas resultan aplicables a las relaciones externas y determinadas normas externas afectan las relaciones internas.

En síntesis, el ordenamiento interno y el externo son dos ramas que proceden de un mismo tronco común, los buenos usos económico-sociales, comerciales, diplomáticos, etc., que brotan de la confianza recíproca, aunque su desarrollo posterior sea diverso, El ordenamiento interno, dotado de un mayor grado de cohesión interna, depende de la ley pública votada en las asambleas populares, *leges comitiales*, mientras que el ordenamiento externo deriva de los tratados o convenciones interestatales, *foedera pacis*. En cualquier caso, como la experiencia pone de relieve, las *leges comitiales* pueden entrar a regular asuntos externos, del mismo modo que determinados usos foráneos pueden ser recibidos en las relaciones internas¹⁵⁹.

¹⁵⁷ D. 19, 2, 21: *Bona fides exigit ut quod convenit fiat*. D. 50, 17, 57: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*.

Las normas positivas internas y la jurisprudencia siguen todavía hoy recurriendo a los usos socialmente reconocidas y buenas prácticas, como elementos integradores de la relación jurídica. Arts. 7 CC; 247 LEC; 433-34 CC. Igualmente, los tratados internacionales; Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Preámbulo): *Los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos (good faith, bonne foi)*.

¹⁵⁸ Por ejemplo, en materia de compraventa, *possessio* y *usucapio*. Asimismo, art. 34 Ley hipotecaria.

¹⁵⁹ Todo ello nos permite enunciar dos definiciones complementarias:

Ius civile proprium es ordenamiento que, en principio, emana de fuentes internas y regula relaciones internas, pero que también puede emanar de algunas fuentes externas (determinados tratados, *foedus*

8.2 Cuestión debatida: Tesis dualista frente a tesis monista

En realidad, este debate doctrinal entre tesis dualista, amparada en la ideología nacionalista, con motivo de la constitución de la nación-estado, y tesis monista, avalada por la ideología universalista o cosmopolita, a partir de la constitución de la Organización de Naciones Unidas, se plantea entre autores contemporáneos. Desde la primera perspectiva, se afirma la existencia de dos ordenamientos claramente diferenciados, dotados de objeto propio y exclusivo. Se argumenta aquí, apelando a tres aspectos muy significativos: 1º.- El ámbito de vigencia cerrado y reducido, en los planos territorial y personal, del ordenamiento interno, frente al campo de actuación abierto e indefinido del ordenamiento externo; 2º.- La homogeneidad lingüística, cultural, etc. que reina en el campo nacional, en contraposición a la heterogeneidad del internacional; 3º.- La estabilidad que en general es propia de las relaciones internas, con un poder legislativo y judicial, declarativo y ejecutivo, plenamente consolidados, en contraste con la oscilación de las relaciones interestatales, entre dos polos opuestos, el vínculo de la cordialidad y la amistad, *comitas gentium*, y la vinculación *de facto*, asentada en el dominio político-militar exclusivamente. Esta dualidad tiene en su favor el hecho de que permite explicar la noción fundamental de soberanía nacional, que reside en el pueblo, cuya representación orgánica corresponde al estado, *maiestas populi*, junto con sus derivaciones inmediatas, a saber, monopolio de la fuerza, independencia, autogobierno, autonomía, monopolio jurisdiccional en determinadas materias, como el orden público, la represión criminal o los derechos reales, así como el principio de no injerencia en asuntos internos. Sin embargo, presenta también grandes dificultades. Sobre todo, por el hecho de que, no bastando la auto-constitución, el reconocimiento recíproco interestatal o internacional constituye el fundamento a partir del cual el estado es considerado sujeto de relaciones jurídicas, y puede entrar a formar parte de organismos supranacionales, pudiendo así superar las situaciones indeseables e inviables de aislamiento, autarquía¹⁶⁰, etc.

Desde el punto de vista alternativo, se alza el monismo. Estaríamos ante un solo ordenamiento jurídico unitario, con dos sectores, que, o bien se implantan siguiendo el criterio jerárquico, o bien se complementan de modo recíproco. Esta orientación monista predomina en Roma, con motivo de la secularización de las nociones de *creditum* y *fides* que, además de significar creencia en los dioses y fidelidad hacia ellos, pasan a aplicarse a las relaciones humanas y jurídicas, tanto en el ámbito interno como externo (*creditum*, *fideicommissum*, *foedera pacis*,). Ambos ordenamientos tendrían, por tanto, una raíz común¹⁶¹.

Cassianum; Art. 96 CE) e incluso regular algunas relaciones externas (ampliación de institutos romanos a los peregrinos; Arts. 8-10 CC).

Ius gentium commune es ordenamiento que, en principio, emana de fuentes externas y regula relaciones externas, pero que también puede emanar de algunas fuentes internas (*leges de civitate*; Art. 13 CE) e incluso regular algunas relaciones internas (institutos *iuris gentium* que usan los *cives* entre sí, *emptio-venditio*, *traditio*; *leasing*, *factoring*, *confirming*).

¹⁶⁰ Un ejemplo reciente sería el reconocimiento e ingreso de España en la ONU en 1955, diez años después de su creación, tras el Tratado bilateral con EEUU de 1953.

<https://www.rtve.es/alcanta/audios/documentos-rne/documentos-rne-tratado-bilateral-eeuu-espana-1953/5118322/>

¹⁶¹ Según las fuentes romanas (GAYO 1, 1 = Instit. de Justiniano 1, 2, 1: *Omnes populi, partim suo proprio, partim communi omnium hominum, iure utuntur*), se trataría de una división interna del concepto *ius* en otros dos conceptos estrechamente relacionados que agotan la extensión del primero.

Dentro de las tesis monistas, se debate, a su vez, entre posiciones que otorgan la prioridad al Derecho nacional o al internacional, o bien defienden la paridad entre ambos. La corriente nacionalista se centra en el monopolio estatal sobre determinadas materias; la internacionalista, en la organización internacional y la consiguiente cesión del ejercicio de la soberanía a entidades supranacionales¹⁶².

La tesis monista es capaz de dar una explicación satisfactoria del fenómeno de la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento interno, así como de la ampliación del ámbito de vigencia del Derecho interno, en virtud de las correspondientes reglas de conflicto de leyes y de jurisdicciones en materias de competencia estatal exclusiva, a partir de los principios universales de territorialidad y personalidad. Y, en las materias de competencia estatal no exclusiva, entre las que destaca el comercio, explica la relevancia del principio general dispositivo.

El principio de territorialidad extiende la ley nacional, en materia de derechos inherentes al poder público, a todos los que se encuentran en el territorio estatal, cualquiera que sea su nacionalidad. *In causis poenalibus, iudex competens est secundum forum loci delicti commissi*¹⁶³ (*En las causas penales, es competente el juez de lugar de comisión del delito*). *Lex loci delicti commissi regit causas poenales*¹⁶⁴ (*La ley del lugar de comisión del delito rige las causas penales*). El principio de personalidad extiende la ley nacional sobre derechos inherentes al estado civil a todos los ciudadanos cualquiera que sea el lugar a que se desplacen (Derecho de personas, familia y sucesiones). *Lex status personarum caput sequitur*¹⁶⁵ (*La ley nacional sobre el estado civil sigue a la persona allí donde vaya*). *Generaliter, actor sequitur forum domicilii rei*¹⁶⁶ (*Salvo pacto en contrario, el actor seguirá el fuero del domicilio del reo*). El principio dispositivo deja a las partes la facultad de elección, a propósito de la competencia jurisdiccional y de la ley aplicable. Se habla, entonces, del fuero prorrogado, *Forum prorogatum*¹⁶⁷ (*En materia de competencia supletoria, los contratantes pueden elegir fuero competente o arbitraje*). Asimismo, rige el principio general de autonomía de la voluntad: *Pacta sunt servanda*¹⁶⁸ (*En materia de competencia supletoria, los contratantes pueden establecer los pactos que consideren oportunos*).

Suele achacarse al monismo su debilidad en cuanto a la explicación de recurso a la fuerza coactiva y represora del Derecho, considerada como elemento suyo esencial, puesto que solo en el ámbito interno tiene carácter unilateral y pleno, mientras que en las relaciones exteriores solo puede hablarse de un ejercicio multilateral y limitado de la coacción. Sin embargo, conviene recordar que en el campo del Derecho lo ordinario es el cumplimiento voluntario, mientras que la ejecución forzosa solo puede ser algo extraordinario.

¹⁶² En este sentido, citamos los arts. 10.2 y 96 de la Constitución de 1978, reformada en su art. 13.2, por imperativo del Tratado de Maastrich, de 1993.

¹⁶³ Enunciado latino del principio que encontramos hoy reflejado en el art. 14.2 LECrim.

¹⁶⁴ Art. 8 CC.

Asimismo, *In causis civilibus de rebus, iudex competens est secundum forum loci rei sitae* (*En las causas civiles sobre propiedad, es competente el juez del lugar donde se encuentra la cosa*). Enunciado latino del principio que encontramos hoy reflejado en el art. 52.1 LEC. *Lex loci rei sitae regit causas civiles de rebus* (*La ley del lugar donde se encuentra la cosa rige las causas civiles sobre propiedad*) (art. 10.1 CC).

¹⁶⁵ Enunciado latino del principio hoy reflejado en el art. 9.1 CC.

¹⁶⁶ Enunciado latino del principio que encontramos hoy reflejado en el art. 50.1 LEC.

¹⁶⁷ Enunciado latino del principio que encontramos hoy reflejado en el art. 54.1 LEC.

¹⁶⁸ Enunciado latino del principio hoy reflejado en los arts. 10.5 y 1255 CC.

8.3 CASO PRÁCTICO: CONTRATO DE DEPÓSITO DINERARIO¹⁶⁹

ANTECEDENTES DE HECHO

Lucio T., ciudadano romano, dedicado al depósito argentario, con sede en Roma, y Hermógenes, de ciudadanía ateniense, con domicilio en la misma ciudad, han realizado un contrato de depósito pecuniario¹⁷⁰, con cláusula expresa o pacto de renuncia a la jurisdicción estatal y de sumisión a arbitraje de equidad conforme a los usos del comercio bancario. Poco después, Hermógenes muere posiblemente asesinado. Asimismo, entre los herederos de Hermógenes, dos hijos de ciudadanía ateniense domiciliados en Roma, surge también la controversia a propósito de la herencia de su padre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En primer término, se decreta la competencia del juez romano y la aplicación de la ley penal romana, en virtud del principio universal de territorialidad del Derecho penal y procesal penal, en el ejercicio exclusivo del *ius puniendi* del Estado. El principio de territorialidad extiende la competencia judicial y la ley nacional, en materia de derechos inherentes al poder público, a todos los que se encuentran en el territorio estatal, cualquiera que sea su ciudadanía. *In causis poenalibus, iudex competens est secundum forum loci delicti commissi*¹⁷¹. *Lex loci delicti commissi regit causas poenales*¹⁷².

Por lo que se refiere a la sucesión hereditaria *mortis causa*, se decreta la competencia del juez romano del domicilio del reo, que ha de aplicar la ley sucesoria ateniense por ser la personal correspondiente a la ciudadanía del causante fallecido. El principio de personalidad extiende la ley nacional sobre derechos inherentes al estado civil a todos los ciudadanos cualquiera que sea el lugar a que se desplacen (Derecho de personas, familia y sucesiones). *Lex status personarum caput sequitur*¹⁷³. *Generaliter, actor sequitur forum domicilii rei*¹⁷⁴.

Finalmente, se inicia en Roma el procedimiento arbitral con arreglo a la equidad y los usos del comercio bancario, según lo pactado y acordado expresamente¹⁷⁵, en materia de contrato de depósito, con el fin de determinar si procede la reclamación de intereses por parte del heredero de Hermógenes.

¹⁶⁹ En Digesto 16, 3, 26, 1 se expone de forma abreviada un caso práctico de derecho de gentes, *ius gentium*, analizado por el jurista clásico PAULO, que lleva consigo también cuestiones de derecho penal y hereditario.

¹⁷⁰ *D. 16, 3, 26, 1 (Paulo Libro IV de Respuestas): Lucio T. hizo un documento, en griego, en el que expone: "Recibí y tengo en mi poder en razón de depósito los supra-escritos 10.000 denarios de plata (tuyos) y consiento y prometo que haré todo como arriba se dijo, con el fin de darte intereses mensuales ..."*

¹⁷¹ Principio que encontramos hoy reflejado en el art. 14.2 LECrim.

¹⁷² Art. 8.1 CC.

¹⁷³ Art. 9.1 CC.

¹⁷⁴ Art. 50.1 LEC.

¹⁷⁵ Art. 54.1 LEC; 10.5 CC.

8.- DERECHO PROPIO Y COMÚN (NACIONAL E INTERNACIONAL)

8.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico, propio de cada ciudad-estado y común inter-ciudadano o interestatal (*ius proprium-ius commune*)

NOCIÓN GENÉRICA DE RELACIÓN JURÍDICA: La relación jurídica surge como vinculación ético-social y jurídica tanto en el ámbito interno como en el externo, en el público y el privado. Su base es la *fides* (palabra de honor empeñada) que da lugar a la *bona fides* (regla de conducta acorde con el uso y la conciencia social), opuesta a la *mala fides* (comportamiento antisocial abusivo). El Derecho interno y externo viene a reforzar el vínculo ético-social fiduciario



CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS: Las relaciones jurídicas se dividen, atendiendo al criterio del ámbito de vigencia personal-territorial, en dos especies: internas y externas. Y, atendiendo al criterio del todo y las partes, en públicas y privadas.

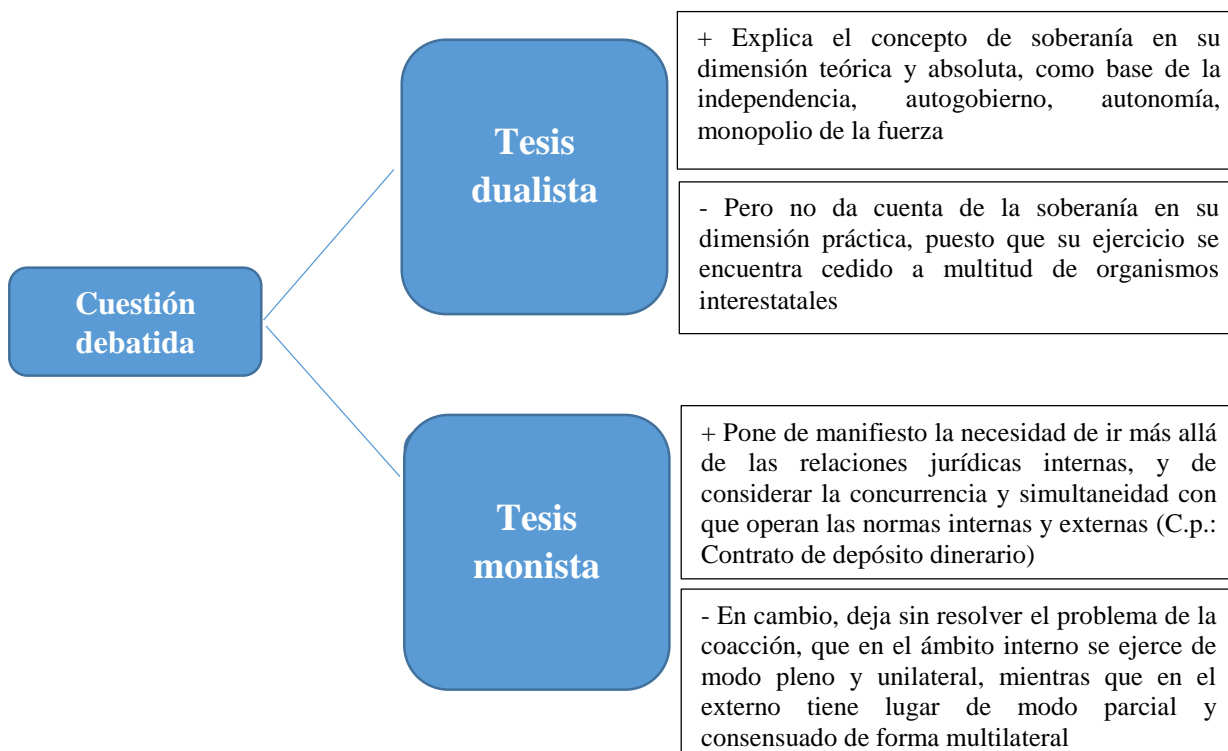


NORMATIVA APLICABLE: Las normas internas proceden de los órganos estatales y pueden entrar a regular, en su caso, relaciones externas (ej. ciudadanía, extranjería). Las normas externas proceden de instancias interestatales y llegan a formar parte del ordenamiento estatal



IDEA DE DIVISIÓN O BIPARTICIÓN: Criterio sistemático del ordenamiento unitario, de origen romano, como muestran las definiciones vinculadas recíprocamente de *ius proprium* y de *ius commune*

8.2 Cuestión debatida: Tesis dualista frente a tesis monista



9.- DERECHO PROPIO Y RECEPCIÓN¹⁷⁶ DEL DERECHO COMÚN

9.1 La idea de recepción en Roma del Derecho común del Mediterráneo (*introductio*)

Recepción significa proceso histórico-jurídico de introducción y utilización de instituciones foráneas en el ámbito de las relaciones internas, al mismo tiempo que van cayendo en desuso las figuras propias y originarias¹⁷⁷. Por un lado, el ordenamiento receptor es endógeno, autóctono y formalista. Por otro, el ordenamiento recibido tiene naturaleza exógena, traslaticia y consensual.

El primero de los caracteres de la recepción es la “continuidad histórica”, puesto que surge en el contexto de la dicotomía preclásica ciceroniana *ius gentium-ius civile*¹⁷⁸ y se prolonga más adelante, coincidiendo con la denominada dicotomía clásica gayana y justiniana, *ius commune-ius proprium*. Y la segunda nota distintiva de la misma es precisamente la “dualidad” de fases históricas, a lo que añadiríamos la “intensidad” con que el fenómeno se ha producido¹⁷⁹.

La primera fase, desde el tratado Casiano, *foedus Cassianum*, referido a la Liga latina, hasta la ley Julia de concesión de la ciudadanía romana a toda Italia, que pasa al régimen municipal. La etimología pone de manifiesto que la *fides* o mutua creencia en la palabra y la buena voluntad está a la base del *ius gentium*: “*Foedus*” (*a fide dictum*) *est pax quae fit inter dimicantes (La palabra “foedus-foedera” deriva de fides y significa tratado de paz entre potencias rivales)*¹⁸⁰. *Foedera pacis* o tratados son convenciones entre ciudades-estado independientes y aliadas, que renuncian a la fuerza como medio ordinario de solución de controversias y se confederan, estableciendo relaciones de cooperación y reconociendo el derecho de comercio entre particulares, *cives, latini, peregrini, ius commercii*¹⁸¹.

¹⁷⁶ El término “recepción” ha sido empleado, en un primer momento, por la doctrina, a propósito de los ordenamientos medievales. Los autores han comprobado cómo el Derecho común romano-canónico, *ius commune o ius utrumque*, estudiado en las Universidades y destinado a la formación intelectual del jurista europeo, ha ido incorporándose, de un modo u otro, a los textos de las fuentes locales y regionales, *iura propria*. Ejemplos de recepción son el Código de las Siete Partidas, en Castilla, así como los *Fori Antiqui Valentiae* (ed. Manuel DUALDE) o *Furs de València*, en el Reino de Valencia.

¹⁷⁷ Así ha ocurrido en Roma con la *mancipatio*, en sus diversas modalidades, y la *usucapio*, que van decayendo, al tiempo que se consolida la *emptio-venditio*, la *traditio* y la *praescriptio*.

¹⁷⁸ Como dice M. T. CICERÓN, *De Officiis* 3, 17, *Maiores nostri aliud ius civile aliud ius gentium esse voluerunt. Quod civile non continuo gentium; quod gentium idem civile esse debet (Nuestros mayores quisieron que una cosa fuera derecho civil y otra, derecho de gentes. Sin embargo, el derecho civil exclusivo de un pueblo no es común a todos, pero aquello que es común a todos también puede ser usado por los ciudadanos romanos entre sí)*. Nos ofrece aquí este Autor el concepto y el fundamento de la recepción, esto es, la argumentación válida que permite pasar del todo a las partes, pero no a la inversa.

¹⁷⁹ En ambas fases, este proceso ha tenido, además, gran intensidad y ha generado el grado de uniformidad suficiente para propiciar la integración política y económica. En efecto, desde el siglo V hasta el s. I a. C. entre las antiguas ciudades-estado de la cuenca mediterránea, se desarrollan, de manera conjunta, el Derecho de gentes y los Derechos civiles. A partir de ese siglo I a. C., dicha tendencia se mantiene, pero en el marco de un nuevo régimen de relaciones entre municipios, itálicos y extra-itálicos, agrupados en provincias, bajo el poder central, senatorial, imperial y metropolitano. Sin embargo, entre el Imperio romano y los pueblos orientales y los germánicos del norte, ese desarrollo no será tan intenso.

¹⁸⁰ ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* 18, 11.

¹⁸¹ *Tempore praeclassico, plurima sunt foedera pacis: Cum latinis et italicis, cum Carthagine et cetera (Durante la época preclásica, son muchos los tratados de paz; con latinos e itálicos, con Cartago, etc.)*.

Entre los modos de arreglo pacífico de controversias, se encuentra la “transacción”, de carácter bilateral y extraoficial, el “arbitraje”, trilateral y extraoficial, y el “proceso penal y civil”, unilateral y oficial. “Poder judicial” es facultad del juez¹⁸², *iudex*, de dar respuesta razonada a la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, con carácter excusable o inexcusable. “Poder jurisdiccional” es facultad inexcusable del magistrado público, *praetor*, de ordenar la tramitación del proceso, desde su inicio hasta su conclusión¹⁸³. En estas condiciones, surge el derecho honorario, en parte común, en parte propio: *Ius praetorium (honorarium) est quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam (Derecho pretorio honorario es aquel que introdujeron los pretores para ayudar, suplir y corregir al derecho civil, por razón de utilidad pública)*¹⁸⁴. Por tanto, derecho honorario es régimen jurídico procedente del *ius gentium* y recibido en el *ius civile*, a través de los edictos de los pretores (peregrino y urbano), que vienen a reforzar los vínculos de la *bona fides*, mediante acciones judiciales y otros recursos procesales. En conclusión, *ex iure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles (A partir del derecho de gentes, casi todos los contratos han sido recibidos por el derecho civil, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el depósito, el préstamo mutuo y otras innumerables figuras)*¹⁸⁵.

En la segunda fase, durante el Principado, decae la institución del tratado o convención entre ciudades-estado independientes y se impone la carta otorgada de adhesión de nuevos territorios al imperio: *Leges datae sunt concessionis ex toto ad partes (Las leyes o cartas otorgadas son concesiones del todo a las partes)*. Esta es la forma de ley que adoptaban generalmente los estatutos de fundación de colonias, la reglamentación de municipios y la organización de provincias.

En cuanto a los modos de solución pacífica de controversias, la implantación del procedimiento denominado *extra ordinem*, en vez del régimen procesal republicano, *ordo iudiciorum*, supone el tránsito de la única instancia a la apelación y segunda instancia; de la oralidad a la escritura; de la libre valoración a la tasación en materia de prueba e interpretación¹⁸⁶.

¹⁸² Puede tratarse de un juez privado o de paz, en lo civil; de un jurado popular, en lo penal o de un juez público, tanto civil como penal.

¹⁸³ Antes de la creación del pretor peregrino, *lex Plaetoria*, 242 a. C., los ciudadanos y extranjeros entre sí recurren a la *fides*, de donde derivan las reglas usuales de la *bona fides*, bajo la sola sanción de descrédito y rechazo social. Tras la creación de esa magistratura, que con su edicto refuerza la *bona fides*, son concedidas las acciones de buena fe, como la *actio empti et venditi ex fide bona*. *Praetor peregrinus est magistratus qui inter cives et peregrinos ius dicit (El pretor peregrino es magistrado jurisdiccional en los litigios entre ciudadanos romanos y extranjeros)* D. 1, 2, 28. Más tarde, esto será imitado por el pretor urbano.

¹⁸⁴ PAPIANO, Digesto 1, 1, 7.

¹⁸⁵ Instituciones de Justiniano 1, 2, 2.

¹⁸⁶ Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, pp. 267 y ss. Se forma entonces un Derecho común a todo el imperio, integrado por los senadoconsultos, las constituciones imperiales y el edicto unificado de los gobernadores provinciales, que será objeto de recepción por cada uno de los ordenamientos particulares, en municipios y provincias. En conclusión, del régimen civil de la propiedad inmobiliaria exenta de tributación, se pasa a la propiedad sometida a tributación periódica con garantía legal hipotecaria.

9.2 Cuestión debatida: Modelo descentralizado *versus* modelo centralizado

El intenso desarrollo de la recepción del Derecho común del Mediterráneo por parte de los ordenamientos propios, entre los que se encuentra el de Roma, ha favorecido, como acabamos de constatar, la uniformidad, la concentración política y económica, así como, en definitiva, el tránsito del modelo republicano descentralizado al del Principado de carácter centralizado, e incluso la culminación posterior de esta segunda alternativa¹⁸⁷.

El régimen descentralizado o confederal ha evolucionado desde el *foedus Cassianum*, siglo V a. C., configurador de la liga latina, hasta la *lex Iulia de civitate sociis danda*, siglo I a. C., que extiende la ciudadanía romana a toda la península itálica, al tiempo que transforma las ciudades confederadas en municipios. Ha establecido un sistema de relaciones entre ciudades-estado aliadas y confederadas, que han conservado su independencia, aunque hayan cedido el ejercicio de la soberanía. Y, al mismo tiempo, de relaciones entre individuos de la misma¹⁸⁸ o de diversas ciudadanías, *inter cives, latinos et peregrinos*. Los defensores de esta forma de organización económica y política consideran que, así, ha quedado garantizada la asignación de recursos a cada uno en proporción a su trabajo y, al mismo tiempo, la Hacienda pública se ha nutrido, de acuerdo con el principio de justicia distributiva y de proporcionalidad fiscal, sin llegar a la progresividad elevada ni confiscatoria. Todo ello habría favorecido el desarrollo del comercio y la libre competencia entre individuos, familias y grupos. Su crisis solo se habría producido con motivo de la concentración del poder económico, social y político y la corrupción subsiguiente¹⁸⁹. Los detractores de la descentralización, en cambio, han denunciado la falta de cohesión social en la república romana, la insolidaridad entre los individuos, las familias y las *gentes*, así como la escisión del grupo en dos grandes clases permanentemente enfrentadas (patricios y plebeyos; *optimates* y *populares*, etc.). Así lo pondría de manifiesto el enfrentamiento entre M. T. CICERÓN y los tribunos de la plebe. Este se opuso siempre a la ley de reforma agraria, ya que, según él, la política de los

¹⁸⁷ Este proceso integrador tiene uno de sus momentos culminantes con motivo de la implantación de la ciudadanía romana común en todo el imperio, en 212, *constitutio Antoniniana de civitate*, D. 1, 5, 17. *In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini, cives romani effecti sunt* (El Edicto del emperador Antonino Caracalla extendió la ciudadanía romana a todo el Imperio). Y, más tarde, en tiempos del emperador Diocleciano, va a quedar sometido al *vectigal*, impuesto de bienes inmuebles, el suelo itálico, antes exento.

¹⁸⁸ Durante la República, los ciudadanos, *cives*, han contribuido al mantenimiento del gasto público con el *tributum ex censu*, en proporción a su patrimonio familiar y personal, que ingresaban en el *Aerarium Saturni*. Así las cosas, en los comicios centuriados, se votaba precisamente atendiendo al nivel de renta que figuraba en el censo; no así en los comicios tribunados, en que se votaba por circunscripciones territoriales. Lo cierto es que, durante la república, no se ha tributado por la herencia, ni por el derecho real de propiedad, según se desprende de GAYO 2, 7. Lo más importante sería constatar el carácter temporal y honorario de las magistraturas.

¹⁸⁹ El modelo descentralizado toma en consideración la autonomía y la libre iniciativa de las personas y los grupos, con su tendencia a conseguir sus objetivos propios y exclusivos, por lo que la motivación es máxima, en colaboración con los demás, unas veces, en competencia, otras. De este modo, se va alcanzando el pluralismo político y el desarrollo económico, a través de la especialización y el comercio interno y externo, quedando garantizada la competencia libre y leal en el mercado.

En este sentido, destaca la ideología de la aristocracia, y oligarquía, senatorial romana. En época contemporánea, Adam SMITH (*The Wealth of Nations*), al frente de la escuela clásica económica a partir de la revolución industrial (desde la segunda mitad del s. XVIII).

(Art. 38 CE de 1978: *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*).

tribunos consistente en expropiar a unos para dar gratuitamente a otros, solo perseguía obtener votos favorables a cambio de esas concesiones.

Ante la crisis del modelo republicano, que acaba degenerando y perdiendo la situación de equilibrio (monopolios, hegemonía política, desigualdad, conflictividad social y bélica, interna y externa), viene a imponerse la necesidad de la concentración del poder como firme garantía de la restauración del equilibrio y la conservación de la paz, *pax romana*, y estabilidad económico-social y política.

En efecto, el régimen centralizado (federal o autonómico) se ha desarrollado a partir de César y Augusto, en tres niveles estratificados: 1º.- Municipal¹⁹⁰ o local; 2º.- Provincial¹⁹¹ o regional; 3º.- Metropolitano o senatorial¹⁹²-imperial¹⁹³. Ha dado lugar a un conjunto de relaciones entre entidades públicas jerarquizadas, así como entre ciudadanos y provinciales. Según sus defensores, ha hecho posible el mantenimiento de la paz, la realización de obras públicas, la prestación de servicios públicos, etc.; y ha sido capaz de prevenir y corregir las consecuencias indeseables de las crisis cíclicas de la economía de libre mercado¹⁹⁴. Los detractores de esta forma de organización apelan a tres aspectos que consideran decisivos: 1º.- La fuerte presión fiscal, en detrimento de la familia y el individuo, déficit público e inestabilidad monetaria; 2º.- Las políticas redistributivas de la renta, no limitadas a la garantía de la igualdad de oportunidades y a corregir la desigualdad transgeneracional, sino a asegurar el mantenimiento del poder. Todo lo cual habría generado desmotivación, falta de incentivación; 3º.- Burocratización y corrupción.

Más allá de planteamientos unilaterales, se ha defendido también la idoneidad de un sistema mixto que trate de asegurar las ventajas de los modelos simples y de evitar sus inconvenientes. El modelo descentralizado, en principio, garantiza la libre competencia como factor de progreso económico-social, pero tiende a corromperse con la fragmentación social y la insolidaridad. Por otro lado, el modelo centralizado favorece, ante todo, la cooperación y solidaridad (*reforma agraria, frumentationes, obras y servicios públicos*), pero acaba degenerando en centralismo burocrático, desincentivación, ineficiencia.

¹⁹⁰ *Municipium* es entidad de derecho público dotada de autonomía en virtud de la *lex municipalis*, que ejerce funciones administrativas en la prestación de servicios públicos, así como judiciales en primera instancia e instrucción, bajo la *potestas* de la magistratura municipal. Armando TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 732-33.

¹⁹¹ *Provincia* es entidad de derecho público que agrupa a los municipios pertenecientes a determinada circunscripción territorial, que asume funciones de recaudación tributaria, de prestación de servicios públicos, y judiciales en apelación y segunda instancia, bajo la potestad de los gobernadores provinciales.

¹⁹² Tras el pacto constitucional del año 27 a. C., entre Octaviano y el Senado, este último se hace cargo de la dirección y gobierno de las provincias senatoriales (por ejemplo, la Bética en Hispania), y la gestión del Erario, *Aerarium*, pasando a ejercer el poder legislativo a través de los senadoconsultos, en vez del pueblo que ya no puede reunirse por la extensión de la ciudadanía más allá de la ciudad de Roma.

¹⁹³ En cuanto a los poderes del Príncipe, *Princeps Senatus*, hemos de resaltar su competencia en materia de dirección y gobierno de las provincias imperiales (por ejemplo, la Tarraconense y la Lusitana), así como de gestión del *Fiscus Caesaris*.

¹⁹⁴ En este sentido, destaca la ideología de la *pax augusta* durante el Principado. En la actualidad, los economistas keynesianos, tras la gran depresión (década de los 30 del s. XX).

(Art 128.1 CE: *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*).

9.3 CASO PRÁCTICO: IMPUESTO DE SUCESIONES, *VICESIMA HEREDITATIS*¹⁹⁵

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Nos remontamos al periodo durante el cual ejerce su mandato el emperador Justiniano, siglo VI d. C., al frente del Imperio oriental, con sede en Constantinopla. Se nombra entonces una comisión de juristas encargada de elaborar una compilación de leyes, desde el periodo clásico, siguiendo el modelo del Código Teodosiano.

Segundo: Entre ellos, surge un debate a propósito de la conveniencia de conservar o suprimir el impuesto de sucesiones.

Tercero: Unos se muestran partidarios de mantener este tributo, mientras que otros se inclinan por la opción de abolirlo definitivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los defensores de esta tributación hereditaria se acogen a la autoridad de la tradición, cuyo origen se encuentra a comienzos del Principado de Augusto y, además, viene refrendada por la jurisprudencia clásica¹⁹⁶. Alegan, asimismo, que resulta de vital importancia mantener esta fuente segura y continuada de ingresos en favor del Fisco, resaltando la importancia de que este se encuentre saneado y mantenga su solvencia ante los elevados gastos que lleva consigo la realización de obras públicas y la prestación de servicios públicos. Más en particular, apelan a la voluntad explícita de Justiniano, que se encuentra decidido a emprender una gran campaña militar dirigida a restaurar la unidad del imperio, tras la caída del emperador occidental, en 476, y la instauración de los reinos germánicos.

Segundo: Frente a estos criterios, se argumenta en contra del mantenimiento de la *vicesima hereditatum*. Se considera, ante todo, que la crisis demográfica ha sido una de las causas de la caída del Imperio occidental. Por ello, resulta del máximo interés poner de relieve la necesidad de tutelar el matrimonio y la familia. Quienes defienden esta postura no solo se muestran favorables a mantener la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito individual y familiar, sino que también manifiestan su preferencia por incrementar la cuantía y reforzar la protección de la legítima entre padres e hijos, reconociendo que uno de los mayores alicientes de la vida humana es conseguir un patrimonio suficiente con que asegurar la continuidad de las generaciones venideras¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Impuesto creado por la *lex Iulia de vicesima hereditatum*, del año 5 d. C. A comienzos del Principado de Augusto, junto al *Aerarium Saturni*, controlado por el Senado y destinado a sufragar el gasto público en las provincias senatoriales, es instaurado el *Fiscus Caesaris*, para las provincias imperiales. Con el fin de afrontar las necesidades de recursos financieros derivados de la compleja organización administrativa, se crea este impuesto o gravamen del 5% del valor neto estimado de la herencia. Están sujetas a él tanto la sucesión testamentaria como la intestada, quedando garantizada la recaudación por mediación de una hipoteca legal en favor del Fisco.

¹⁹⁶ Sentencias de PAULO 4, 6, 3.

¹⁹⁷ Esta última fue la opinión que se impuso en el debate legislativo, según consta en el Código justiniano 6, 33, 3, donde figura la correspondiente disposición legal.

9.- DERECHO PROPIO Y RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN

9.1 Idea tradicional de recepción en Roma del Derecho común del Mediterráneo (*introductio*)

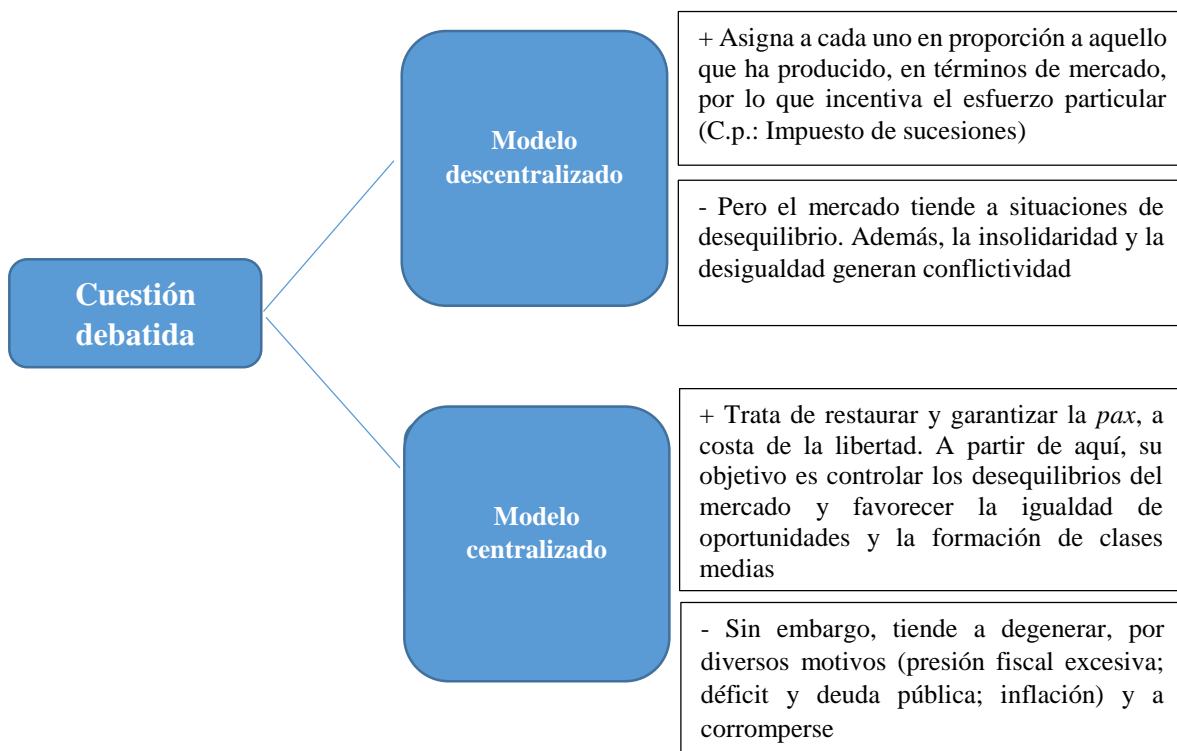
FUNDAMENTO: M. T. CICERÓN, *De Officiis* 3, 17

ETAPA PRECLÁSICA: Régimen inter-ciudadano de alianzas entre ciudades-estado independientes. De aquí surgen modos diversos de arreglo pacífico de controversias y la admisión del comercio entre ciudadanos y extranjeros

ETAPA CLÁSICA: Organización jerárquica metropolitana-provincial-municipal. En el campo procesal, se admite la apelación y la suplicación y se desarrolla el comercio entre ciudadanos y provinciales

IDEA DE RECEPCIÓN: Proceso histórico-jurídico, en virtud del cual, determinadas instituciones foráneas son adoptadas en el ámbito interno, al tiempo que las figuras internas van cayendo en desuso (Inst. Just. 1, 2, 2)

9.2 Cuestión debatida: Modelo descentralizado *versus* modelo centralizado



10.- DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

10.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico público-privado (*ius publicum-ius privatum*)

Las expresiones *ius publicum* y *ius privatum* figuran ya en los textos de la jurisprudencia clásica. Se trata, más en particular, de las Instituciones de ULPIANO, obra destinada a la enseñanza, a partir de la cual han pasado al Digesto 1, 1, 1, 2: *Iuris studii duae sunt positiones: Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*¹⁹⁸. Este binomio de origen romano presenta cuatro caracteres: 1.- Pedagógico; 2.- Finalista o funcional; 3.- Discontinuo en el tiempo; 4.- Práctico.

1.- Ante todo, es idóneo para la formación intelectual del jurista, ya que pone de relieve las ideas de “persona física” individual, como titular de un patrimonio privativo, y de “persona jurídica” social, tanto pública (referida al pueblo y al estado, *populus, civitas*) como privada, esto es, en cuanto entidades dotadas de un patrimonio diferenciado del individual de cada uno de los ciudadanos o socios¹⁹⁹.

2.- ULPIANO es consciente de que este binomio no responde al simple criterio subjetivo, ni objetivo, ni normativo, ni institucional. Lo sitúa en el campo de los fines últimos y de la función tutelar de intereses y bienes a que tiende el ordenamiento jurídico. No sirve el criterio subjetivo, ya que el Erario realiza contratos de arrendamiento del *ager publicus* con los particulares. Asimismo, determinadas sociedades de particulares, *societates publicanorum, argentariorum*, realizan actividades de interés público. Tampoco sirve el criterio objetivo, puesto que la *pecunia* es elemento básico constitutivo tanto del patrimonio público como del patrimonio singular y se desplaza de uno a otro²⁰⁰. En cuanto al criterio normativo, decimos que las normas legales, *leges publicae*, regulan tanto la organización y poderes del pueblo y el estado como las relaciones entre los particulares. Asimismo, la autonomía de la voluntad y la distinción *ius cogens-ius dispositivum* se encuentran en ambos ordenamientos, *publicum et privatum*. Ni siquiera el criterio institucional es decisivo, ya que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial regulan y tutelan tanto el interés general como los intereses singulares. Al mismo tiempo, la propiedad privada y el patrimonio privativo están sujetos a normas civiles, penales, fiscales, etc. Esto supuesto, llegamos a la conclusión de que no podemos confundir ambos ordenamientos, pero tampoco establecer entre ellos una clara y tajante separación. Por tanto, hemos de formular dos definiciones complementarias. “Derecho público” es sector del ordenamiento que regula las relaciones jurídicas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en las que, por concurrir el interés general, una de ellas, o ambas, gozan de determinadas prerrogativas por razón de cumplimiento de una función (poder-deber, oficio). Prerrogativas públicas son la potestad reglamentaria, la procedimental y la

¹⁹⁸ Son dos las perspectivas que admite el estudio del Derecho, pública y privada: Derecho público es aquel que contempla el estado del bien común de Roma; Derecho privado, el que tutela los intereses singulares. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

¹⁹⁹ D. 3, 4, 7, 1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod universitas debet singuli debent; Si algo es debido a la sociedad, a los socios no es debido; ni aquello que debe la sociedad es debido por los socios).*

²⁰⁰ Patrimonio es conjunto de activos y pasivos que pertenecen al sujeto exclusivamente y que consisten en dinero o en cosas estimables en dinero. Dinero es representación numérica de la riqueza, por medio de acuñación metálica, documentación al portador o anotación contable. Aceptado usualmente y reforzado legalmente, es intercambiable en el mercado por bienes y servicios. Por tanto, es objeto tanto del Derecho financiero y tributario como del civil y mercantil, ya sea su titular ciudadano, comerciante o ente público.

sancionadora; asimismo, la auto-tutela; la jurisdicción especial; etc.²⁰¹. Derecho privado es sector del ordenamiento que regula las relaciones jurídicas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en las que, por concurrir solo el interés singular, ninguna de ellas goza de prerrogativas²⁰².

3.- En cuanto al origen histórico de esta bifurcación del *ius*, no podemos remontarnos al régimen primitivo basado en la producción agraria, en el seno de la familia agnaticia, sino que habrá que esperar a la consolidación de la economía mercantil y fragmentación del condominio familiar²⁰³. Dicha bipartición perderá relevancia a finales del imperio occidental y, sobre todo, durante la Edad Media, e incluso la Moderna, en el marco del régimen feudal y estamental, en que prevalece la economía agraria. Sin embargo, renacerá en el Edad Contemporánea, con motivo de la revolución industrial, del triunfo de la burguesía y del desarrollo de la economía mercantil.

4.- La dicotomía *ius publicum-ius privatum* solo tiene sentido si los juristas entran en el debate en torno a la cuestión fundamental de la asignación de la titularidad del capital y los medios de producción (privada, o pública, o mixta). Se trata de una cuestión en que la lucha ideológica sigue estando muy presente, mientras que la metodología empírica y los modelos teóricos matemáticos de las Ciencias económicas no parecen haber llegado a una respuesta satisfactoria. En estas condiciones, el análisis funcional sitúa al Derecho más allá de la mera formulación y aplicación de normas en materia económica y lo dirige hacia el campo finalista de la consecución de objetivos preestablecidos. En particular, se hace referencia a la función moderadora frente al determinismo economicista y a la función mediadora entre intereses enfrentados. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina jurídica actual se halla también dividida entre las teorías afirmativas de esta dicotomía y las teorías negativas que no la admiten²⁰⁴.

²⁰¹ Ejemplos: Obligaciones interestatales surgidas de los Tratados (96 CE). Obligaciones tributarias entre particular contribuyente y Administración (1 y ss. LGT). Derecho-deber del particular de denunciar, 259 LECrim; de declarar, 410; de actuar como jurado popular penal o juez de paz civil; Facultad popular de querrellarse en defensa del interés general, 101; de detener a otro, en caso de delito flagrante (490).

²⁰² Ejemplos: Contrato de compraventa entre particulares (1445 y ss. CC); Propiedad civil o mercantil de entes públicos (340); Sucesión hereditaria en favor del Estado (956); Daño causado por Administración pública a particular (1902).

²⁰³ Nos remontamos a la ley de las Doce Tablas. Concretamente, al precepto que viene a introducir la institución del matrimonio, unión basada en el mutuo consentimiento entre los cónyuges, así como a la emancipación de los hijos, con la consiguiente fragmentación del condominio familiar agnaticio en diversos patrimonios privativos: dote, parafernales, etc. *Si qua nollet in manum mariti convenire ea quotannis trinocitio abesset* (Si alguna mujer no quisiera entrar bajo la potestad marital, que cada año se ausente durante tres noches del domicilio conyugal); (XII Tablas 6, 4; GAYO 1, 111). Aparece entonces la dote como patrimonio diferenciado que, en última instancia, ha de ser restituido a la mujer: *Solutum matrimonio, solvi mulieri dos debet* (Disuelto el matrimonio, la dote ha de ser restituida a la mujer). Y los bienes parafernales: *Quod mulier praeter dotem habet parapherna dicitur* (Los bienes extra-dotales de la mujer se llaman parafernales). Digesto 24, 3, 1 y 2 pr. El régimen económico-matrimonial de la dote (estimada, inestimada, dineraria) todavía pervive en la actualidad.: Art. 169 de la Ley Hipotecaria.

Al mismo tiempo que se produce la fragmentación del condominio familiar agnaticio, el Erario público (*Aerarium Saturni*) se fortalece, adquiriendo la titularidad tanto de bienes destinados al uso público de todos como de bienes patrimoniales, no destinados al uso público sino a la financiación de obras y servicios públicos. A todo lo cual, se suman los bienes patrimoniales en régimen de derecho privado, puesto que aquí el organismo público es considerado como si fuera un particular más, *ager publicus*.

²⁰⁴ En efecto, el predominio de la ideología liberal, durante el siglo XIX, ha dado lugar a un planteamiento unilateral auspiciado por la Escuela histórica y de pandectas, que tiende a considerar al *ius privatum* como ordenamiento jurídico por excelencia, mientras que el *ius publicum* estaría más próximo al ejercicio discrecional del poder político, dado que el Estado soberano actúa en virtud de unos privilegios de carácter exorbitante. Por su parte, desde la teoría pura del Derecho se tiende a excluir como ideológico y, por tanto,

10.2 Cuestión debatida: Economicismo *versus* economía mixta

Al igual que ocurre en la Ciencia Política, en el campo de las Ciencias Económicas, el análisis empírico y descriptivo de la realidad no ha logrado imponerse por completo, hasta el punto de llegar a desplazar cualquier otra alternativa²⁰⁵. Así lo pone de manifiesto el hecho de que todavía hoy se mantenga abierto y plenamente operante el debate entre los defensores de la economía de libre mercado, partidarios de otorgar la preponderancia a la actividad privada de los particulares, y quienes abogan por fomentar la intervención pública en un régimen planificado²⁰⁶. Esta polémica se plantea también entre los juristas que se sitúan más allá de posiciones unilaterales y de planteamientos puramente normativistas. En este sentido, la primera opción ante la que nos encontramos es la del reconocimiento, implícito o explícito, del predominio de la circunstancia económica y la correlativa hegemonía de la disciplina dedicada a su estudio, en el contexto de las ciencias humanas y sociales (difusión del economicismo en el análisis del Derecho). De este modo, el ordenamiento jurídico se limitaría a reflejar las circunstancias impuestas en cuanto a la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios. El economicismo, en efecto, presenta la ventaja de ofrecer una explicación satisfactoria, a propósito de la prioridad²⁰⁷ del modelo productivo, del grado de desarrollo comercial, crediticio, financiero, etc., con respecto a la configuración normativa e institucional del ordenamiento jurídico. Pone de relieve, asimismo, que la riqueza o la pobreza condicionan, de modo favorable o desfavorable, la vida de las familias y los pueblos²⁰⁸.

Sin embargo, el economicismo, por su tendencia determinista, se muestra incapaz de reconocer la importancia de las libertades, tanto en el plano social como individual, que hacen de la diversidad y la imprevisibilidad notas características de la historia de la cultura humana. En realidad, el ordenamiento jurídico deja abierto el camino hacia un horizonte de posibilidades de evolución de la vida económica. Y lo mismo sucede en el terreno social, político y cultural, por lo que ha de reconocerse la dimensión omnimoda del *ius*, que desborda toda delimitación estricta de su ámbito de vigencia. Comprende, pues, tanto los bienes de dominio público o demaniales como los bienes patrimoniales públicos y particulares²⁰⁹, *res extra commercium*, *divini et humani iuris*, y *res in*

no científico, todo análisis que vaya más allá de la vigencia normativa y que se confunda con los postulados de la Economía o la Sociología (Escuela de Viena, Hans Kelsen).

²⁰⁵ Frente a los métodos de análisis económico matemático, desarrollados a partir de Vilfredo Pareto y su tendencia materialista, determinista y economicista, han surgido planteamientos alternativos, basados en el reconocimiento del carácter fundamental de las libertades en el ámbito económico-social y cultural, tratando de superar planteamientos tanto idealistas como materialistas. Siguiendo la estela de figuras como Ludwig von Mises, metodologías actuales entre las que se cuenta el análisis económico del Derecho, *Economic Analysis of Law*, tienden a buscar la complementariedad entre Ciencias económicas y Ciencias jurídicas. En este sentido, destacamos las figuras de Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner, Alfredo Bullard. Igualmente, la teoría crítica del *public choice*, James Buchanan.

²⁰⁶ Esta es la opción que tiende a prevalecer, en sus diversas manifestaciones, tras el crack de 1929 y la Segunda Guerra Mundial, con motivo de la difusión del pensamiento de John Maynard Keynes (*Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, 1936).

²⁰⁷ *Primum vivere, deinde philosophari*.

²⁰⁸ Aunque no siempre de modo necesario: T. Livio 3, 1, 7: *Fit fastidium copia*; L. Séneca, *De vita beata* 26, 1: *Divitiae apud sapientem in servitute sunt, apud stultum in imperio*; Plauto, *Sthicus* 178: *Paupertas artes omnes perdocet*.

²⁰⁹ *“Res communes omnium” sunt: aer, aqua profluens et mare et per hoc litora maris (Cosas comunes a todos los pueblos son el aire, las aguas fluviales, el mar y el litoral marítimo). Nemo ad litus maris accedere prohibetur (A nadie se le impide el acceso al mar)*, Instituciones de Justiniano 2, 1, 1.

“Res in dominio publico” extra commercium sunt. Art. 132 CE.

commercio, es decir, abarca lo extra-patrimonial y lo patrimonial. Tanto las *res corporales* como las *res incorporales*, tangibles e intangibles. Tanto los bienes jurídicos inmateriales de la personalidad como las cosas materiales. Así, en Derecho de familia no se confunde la institución personal del matrimonio y el régimen económico del matrimonio²¹⁰; la *patria potestas* y la obligación de alimentos entre ascendientes y descendientes. Del mismo modo, en Derecho penal y procesal penal se distingue el hecho antijurídico externo y el hecho anímico reprochable e interno; la responsabilidad penal represora y la responsabilidad civil reparadora²¹¹ ...

Frente a los postulados del economicismo, se alza la doctrina jurídica de la economía mixta. En este sentido, se aboga en favor de las funciones inherentes, específicas y características del Derecho, a partir del asesoramiento que las Ciencias Económicas ofrecen a los operadores jurídicos. Corresponde, pues, a estos la adopción de las oportunas decisiones normativas vinculantes, leyes, contratos, pactos, etc., y la realización de los actos de aplicación más adecuados. Todo ello, desde una posición moderadora de tendencias unilaterales o rigurosas y mediadora entre las diversas opciones ideológicas en conflicto. Al Derecho correspondería, pues, la efectiva salvaguarda de la virtud de la neutralidad, imparcialidad, equilibrio o ecuanimidad entre posiciones extremas viciadas, en el sentido ético aristotélico de la *areté, ἀρετή*²¹².

Sin embargo, frente a esta doctrina, se aduce que el Derecho, en la práctica, no siempre ha conseguido cumplir sus funciones y alcanzar los objetivos esperados, relativos a la instauración con garantías de una constitución mixta y equilibrada entre el sector público y la iniciativa privada, atendiendo a las circunstancias concretas de cada época en las diversas comunidades. En ocasiones, ha llegado a imponerse una determinada fuerza ideológica frente a la contraria, quedando instrumentalizado el ordenamiento jurídico en detrimento de sus funciones típicas.

“Res publicae patrimoniales” non in publico usu habentur sed in pecunia consistunt (Los bienes públicos patrimoniales consisten en dinero y no están abiertos al uso general, sino a la financiación de las obras y servicios públicos). Instituciones de Justiniano 2, 1, 11.

²¹⁰ Matrimonio es sociedad conyugal basada en la *affectio maritalis*, que da lugar a deberes inestimables en dinero. D. 23, 2, 1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

En cambio, régimen económico matrimonial es destinación de dinero o de bienes susceptibles de estimación pecuniaria a los gastos de la sociedad conyugal y, en último término, a ser restituidos a la mujer tras la disolución del matrimonio.

²¹¹ El análisis de la jurisprudencia casuística romana facilita la crítica del economicismo. Más en particular, nos referimos al Caso práctico del dolo eventual, elaborado a partir del texto de PAULO, conservado en Digesto 25, 3 *De agnoscendis et alendis liberis*, 4: *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. (Se considera que comete infanticidio no solo el que asfixia al recién nacido, sino también el que lo arroja, y el que le priva de los alimentos, e incluso el que lo expone en lugares públicos por causa de misericordia que él no tiene)*. La interpretación clarificadora, no extensiva ni analógica, realizada por la jurisprudencia clásica, a propósito de la ley penal relativa al homicidio, establece que se comete este crimen, en la modalidad de infanticidio, por acción o por omisión, e incluso por abandono o “exposición”. El bien jurídico protegido, de carácter inmaterial, es la vida humana, desde el momento del nacimiento. Y la cuestión que se plantea aquí se refiere a la actitud anímica del sujeto, esto es, si el infanticidio por abandono o exposición es ilícito doloso, dolo eventual, en cuyo caso es punible tanto en grado de tentativa como de consumación, o bien es culposo, imprudencia grave, sólo punible en caso de resultado de muerte.

²¹² Idea reiterada por los latinos: *In medio stat virtus; dum vitant stulti vitia in contraria currunt*, etc.

10.3 CASO PRÁCTICO: COLACIÓN DE LA DOTE:

COHEREDERA CON DEBER DE COLACIÓN²¹³FRENTE A COHEREDERO, EN SUCESIÓN INTESTADA O *AB INTESTATO*²¹⁴

He aquí un rescripto del emperador Alejandro, del año 230 d. C., dirigido a un particular, que había consultado a la Cancillería, en materia de pactos hereditarios sobre la herencia futura²¹⁵:

*El pacto, comprendido en la escritura dotal, por el que, contentándose con la dote, la que se coloca en matrimonio no tenga luego facultad alguna de reclamar sobre los bienes paternos es desaprobado por la autoridad del derecho. Por esta razón, no se prohíbe que la hija suceda a su padre fallecido intestado. Pero debe, ciertamente, llevar a colación, con los hermanos que permanecieron bajo potestad, la dote que recibió con anterioridad*²¹⁶.

Una vez admitida, a pesar de haber renunciado de forma anticipada, la facultad de la hija de aceptar o no la herencia paterna actual²¹⁷, surge la duda a propósito del modo de partición de la misma. La jurisprudencia considera que cabe, en principio, la opción del acuerdo unánime entre las partes interesadas. En su defecto, ha de acudir a la división arbitral o judicial, mediante el ejercicio de la acción de división de la herencia, *actio familiae erciscundae*, a instancia de cualquiera de los coherederos:

*Incluso en el caso de haberse aceptado árbitro, los hermanos hacen un acto de amor fraternal dividiendo de mutuo acuerdo la herencia común, división que no ha de revocarse, aunque el árbitro no hubiera pronunciado sentencia, por haber terminado la controversia*²¹⁸.

1. ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*²¹⁹)

²¹³ La colación de dote o donación es una exigencia de la equidad y se practica con ocasión de la partición de la herencia, arts. 1035 y ss. CC.

²¹⁴ Es preciso distinguir la sucesión hereditaria testada, basada en la voluntad del testador, expresada en testamento, de la sucesión intestada, en defecto de testamento, basada en el orden legal, según la prioridad del parentesco.

²¹⁵ Art. 1271 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

²¹⁶ Código de Justiniano 6, 20, 3 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbat nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet.

²¹⁷ TRIFONINO Digesto 37, 7, 9 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

²¹⁸ PAPINIANO Digesto 10, 3, 57 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio perempto non dixerit.

²¹⁹ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- El fallecimiento de una persona, P. La cesación natural de sus funciones vitales es un hecho biológico externo accesible a los sentidos que, en este caso, se ha producido en condiciones de previa asistencia médica y del que, además, se ha dejado constancia escrita a efectos de su inscripción en el censo²²⁰.

2º.- Declaración de inexistencia de testamento de P., realizada por parte de sus parientes más próximos, una hija casada, A., y un hijo soltero, B., ambos emancipados antes del fallecimiento. Declaración formal, ante el magistrado encargado de la recaudación del impuesto de sucesiones, *vicesima hereditatis*, quedando constancia fehaciente de ello y sin que se haya registrado manifestación alguna en sentido afirmativo contrario.

3º.- Aceptación, *aditio*, pura y simple de la herencia intestada, *ab intestato*, por parte de A., a pesar de que renunció en el momento de constitución de la dote. Acto formal, realizado ante notario, *tabellio*, dotado de fe pública notarial, ofreciendo el cumplimiento de su deber de traerla a colación en una cantidad estimada de 100.

4º.- Aceptación, *aditio*, pura y simple de la herencia *ab intestato*, por parte de B., realizada ante notario, *tabellio*, dotada de fe pública notarial.

5º.- Por mediación de sus respectivos abogados, ambos coherederos presentan sus demandas de juicio divisorio de herencia, por lo que, al mismo tiempo, tienen la condición de demandante y demandado, demandas que son admitidas a trámite por el magistrado-juez competente.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*²²¹)

Son los elementos correlativos a los hechos mencionados y derivados de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a cada uno de ellos:

1º.- El fallecimiento de P. genera el efecto inmediato de extinguir sus derechos y deberes personalísimos e intransferibles, como serían, en su caso, los del matrimonio.

Por otro lado, los derechos y obligaciones no personalísimos quedan englobados en la herencia yacente, *hereditas iacens*, a la espera de ser adquiridos por el sucesor *mortis causa*.

2º.- A falta de testamento paterno, se abre la sucesión intestada. En este sentido, la ley y el edicto establecen un orden de llamamientos sucesivos. En primer lugar, son llamados

²²⁰ El censo es un sistema de actas del estado civil que, a través del registro de nacimientos y fallecimientos, permite la acreditación de tales hechos biológicos. E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, p. 77.

²²¹ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

los hijos y descendientes, excluyendo el grado más próximo al más lejano, a quienes se ofrece la herencia, *delatio*, esto es, adquieren la facultad de aceptarla o repudiarla.

3° y 4°.- Las aceptaciones de la herencia, de forma pura y simple, por parte de A., primero y, después, por parte de B., producen el efecto de la adquisición, en régimen de cotitularidad, de los derechos y las obligaciones que no se extinguen con la muerte de P.

5°.- La admisión a trámite de las dos demandas y contestaciones correlativas permite a las partes, A. y B., por medio de su representación procesal, ejercer conforme a derecho sus facultades de poner fin a la situación de cotitularidad y adquirir, por las adjudicaciones parciales proporcionales, derechos a título singular. En este caso práctico, no se trata de solucionar, mediante sentencia declarativa, la cuestión fáctica y la jurídica, sino de extinguir el condominio y crear nuevos derechos singulares, mediante sentencia extintiva y constitutiva.

3. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*²²²)

La solución a este caso práctico, mediante la oportuna sentencia judicial, ha de darse a través de la consulta de la jurisprudencia sobre la materia de que aquí se trata. Los precedentes que nos ofrecen los juristas PAPINIANO Y OTROS nos llevan a distinguir varios aspectos:

1°.- Aunque en la práctica notarial suele darse el pacto de renuncia anticipada a una herencia futura, realizado con motivo de la recepción de la dote o donación nupcial, lo cierto es que carece de validez legal. Por tanto, la hija dotada ha aceptado la herencia actual correctamente, cumpliendo la condición de colacionar.

2°.- De acuerdo con la información que nos suministra la jurisprudencia, a propósito de la acción divisoria, *actio familiae erciscundae*, la labor judicial o arbitral consta de tres fases:

PRIMERA: Los acreedores del fallecido y de la herencia (incluido el Fisco) tienen preferencia sobre los coherederos y cobran en primer término, quedando el remanente para estos últimos.

Por tanto, es preciso, ante todo, hacer estimación del valor dinerario neto de la herencia, activo menos pasivo, según la fórmula: $V = A - P$. En este caso, la operación da como resultado la cantidad de $125 - 25 = 100$, que es lo que realmente queda en la herencia para los coherederos citados.

SEGUNDA: Colación, esto es, operación contable que consiste en sumar al valor neto de la herencia el valor estimado de la dote o donación nupcial, de acuerdo con la fórmula $C = V + D$, que en este caso da como resultado la cantidad de $100 + 100 = 200$.

²²² Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas.

TERCERA Queda pendiente tan solo la operación de asignar a cada uno de los coherederos su parte proporcional ¿cuál sería el resultado final de la asignación en favor de A y de B., de acuerdo con los criterios que se indican a continuación?

El hijo, B., tiene preferencia, puesto que él no ha recibido anticipo alguno ni hace colación. Le corresponde la cantidad resultante de dividir por dos el valor de colación, C., puesto que el número de coherederos en este caso es precisamente 2.

A la hija, A., le corresponde el resto o remanente de la cantidad real que queda en la herencia, en el supuesto de que algo quede.

10.4 CASO PRÁCTICO: DOLO HOMICIDA EVENTUAL

(En Roma, época del jurista PAULO, s. III d. C.)

La interpretación clarificadora, no extensiva ni analógica por estar prohibidas, realizada por la jurisprudencia clásica, a propósito de la ley penal relativa al homicidio, establece que se comete este crimen, en la modalidad de infanticidio, tanto por acción como por omisión, e incluso por abandono o “exposición”. El antiquísimo *ius exponendi* del *paterfamilias* quedó así transformado en *crimen expositionis*.

*Se considera que comete infanticidio no solo el que asfixia al recién nacido, sino también el que lo arroja, y el que le priva de los alimentos, e incluso el que lo expone en lugares públicos por causa de misericordia que él no tiene*²²³.

La cuestión que se plantea en este caso práctico es si el infanticidio por abandono o exposición es ilícito doloso, tanto en grado de tentativa como de consumación, o bien culposo, de imprudencia grave con resultado de muerte. Los juristas clásicos parten de la distinción entre homicidio doloso y culposo o imprudente. Asimismo, destacan lo dispuesto en un rescripto²²⁴ del emperador Adriano, que distingue el caso de muerte no intencionada, producida de modo accidental o fortuito, del homicidio doloso, en grado de tentativa:

*Quien ha matado a otro, sin intención de hacerlo, puede ser absuelto; pero quien no consigue matar a otro, hiriéndolo tan solo, aunque con intención de causarle la muerte, ha de ser condenado como homicida, en grado de tentativa*²²⁵.

ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*²²⁶)

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- Mientras paseaban por un lugar retirado, dos mujeres encuentran, de forma casual, un recién nacido, N., aparentemente abandonado, que no dejaba de llorar, en tan malas condiciones que su vida estaba en peligro. Se trata de un hecho confirmado por varios testimonios fidedignos.

2º.- Denuncia, *delatio*, presentada por las mujeres citadas, ante el magistrado encargado de las causas capitales, poniendo en su conocimiento unos hechos que podrían ser constitutivos de delito.

²²³ *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abiicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.*

PAULO Digesto 25, 3, 4. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

²²⁴ El rescripto es un tipo de constitución imperial con fuerza legal, que emana del Príncipe, asesorado por los juristas de su Cancillería. Se emite en contestación a una consulta concreta formulada a instancia de parte interesada y sienta un precedente aplicable a casos futuros similares.

²²⁵ *Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum.*
MARCIANO Digesto 48, 8, 1, 3.

²²⁶ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

3º.- Ante la situación de repulsa social, un abogado popular, Cecilio, presenta una querrela criminal²²⁷ contra quienes podrían ser los progenitores de N., que es admitida a trámite, en la que pide una investigación sobre el asunto, *inquisitio*.

4º.- Tras un examen preliminar, el magistrado inicia, de oficio, las investigaciones pertinentes, *inquisitio*, dejando constancia escrita y fehaciente de todas sus actuaciones.

5º.- Concluidas las investigaciones, el querellante, Cecilio, considera que hay indicios de criminalidad suficientes para presentar formalmente la acusación, *accusatio*, contra quienes han acabado reconociendo su condición de progenitores. Se les acusa, en concepto de coautores, por un supuesto crimen de infanticidio en grado de tentativa y a título no de dolo directo, sino eventual. Se basa en el dato de que no denunciaron, en su momento, la desaparición de recién nacido.

6º.- En el escrito de defensa, presentado por el abogado defensor, los progenitores reconocen su conducta negligente, o incluso imprudente, pero nunca dolosa, por lo que estamos ante una difícil *quaestio facti*, ya que requiere una prueba complicada, a cargo de la parte acusadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*²²⁸)

1º.- El hecho de encontrar al recién nacido, que se halla completamente desvalido, da lugar al deber de socorrerlo, por parte de quienes tienen acceso a él y en la medida de sus posibilidades.

2º.- La denuncia, que no debe confundirse con la querrela ni con la acusación, es acto de cumplimiento de un deber cívico, por parte de todos aquellos que tengan noticia de un supuesto hecho delictivo, quedando así excluida toda responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento.

3º.- La admisión a trámite de la querrela es acto de incoación del proceso penal, que establece derechos y deberes entre querellante y querrellado y habilita al magistrado para ejercer sus funciones, en materia de investigación de las circunstancias concurrentes en el caso.

4º.- La investigación es acto de ejercicio de un poder y de cumplimiento de un deber inexcusable que, en su caso, exime de responsabilidad al *quaestor*.

5º.- La acusación es acto formal de incriminación del reo que abre la fase del juicio oral. Admitida a trámite por el magistrado-juez de lo penal, constituye un acto de desarrollo del proceso, que da lugar a una serie de derechos y obligaciones entre las partes acusadora y acusada y que habilita al magistrado-juez para ejercer sus funciones. El fundamento jurídico de esta acusación es doble: Por un lado, la alegación fáctica, realizada por parte de Cecilio, del supuesto hecho delictivo cometido por los progenitores, asumiendo la

²²⁷ Antecedente remoto de la acción popular contemporánea. Artículo 125 CE: *Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

²²⁸ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

carga de la prueba, *onus probandi*²²⁹. Asimismo, la *allegatio iuris*, según la cual la ley castiga el abandono o exposición del recién nacido con la pena represora correspondiente.

6º.- La admisión a trámite del escrito de defensa permite al acusado, por medio de su representación procesal, plantear su oposición conforme a derecho, frente a una posible reclamación infundada de la parte contraria. En el presente caso práctico, el problema surge en torno a la prueba del hecho antijurídico y culpable, *quaestio facti*, que compete a la parte acusadora, y a la interpretación de la ley penal, *quaestio iuris*. Los acusados piden, en definitiva, su absolución. Niegan, por un lado, el ilícito doloso, negación que vale, en principio, sin necesidad de prueba, *negativa non sunt probanda*, y mientras no se pruebe la afirmación.

Consideran, además, que la ley penal, interpretada por los juristas en el caso especial de abandono o exposición, solo contempla el resultado de muerte a causa de imprudencia (*ne care videtur*), quedando excluida la mera tentativa.

RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*²³⁰)

La solución a este caso práctico, mediante la oportuna sentencia judicial, ha de darse a través de la consulta de la jurisprudencia sobre la materia de que aquí se trata. Los precedentes que nos ofrecen los juristas PAULO y MARCIANO nos llevan a distinguir varios aspectos:

1º.- El infanticidio, en sus modalidades de “asfixiar”, “arrojar” y “denegar alimentos”, constituye una especialidad dentro del homicidio.

2º.- El homicidio puede cometerse por dolo, *animus occidendi*, ya sea en grado de tentativa, frustración o consumación, o por imprudencia temeraria siempre que se produzca como resultado la muerte, quedando excluido el caso de muerte sin concurrir dichas circunstancias, como por ejemplo en el supuesto de simple negligencia.

3º.- No hay previsión legal expresa sobre el dolo eventual, por lo que su eventual aplicación quedaría reservada al criterio de apreciación judicial en el caso singular.

4º.- En esta época avanzada del Principado, ya se admite que, además de la responsabilidad penal represora, declarada por medio del proceso criminal de carácter público, pueda exigirse la responsabilidad civil compensadora del daño a la persona.

²²⁹ *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (la carga de la prueba incumbe al que afirma el hecho, no la que lo niega). PAULO Digesto 22, 3, 2. <https://droitomain.univ-grenoble-alpes.fr/>

²³⁰ Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas.

10.- DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

10.1 Idea romana de división o bipartición del ordenamiento jurídico público-privado (*ius publicum-ius privatum*)

ORIGEN CLÁSICO Y PEDAGÓGICO: El binomio se encuentra en el libro de las Instituciones de ULPIANO. Tiene antecedentes preclásicos. Se basa en el criterio del interés y bien jurídico protegido. Los compiladores lo incluyen en el prólogo del Digesto, quizá porque intuyen que en ella subyace la polémica en torno a la atribución de la titularidad de los medios de producción



IRRELEVANCIA POSTERIOR: Durante la Edad Media y la Moderna, mientras prevalece la economía agraria sobre la mercantil y el régimen estamental sobre la organización ciudadana

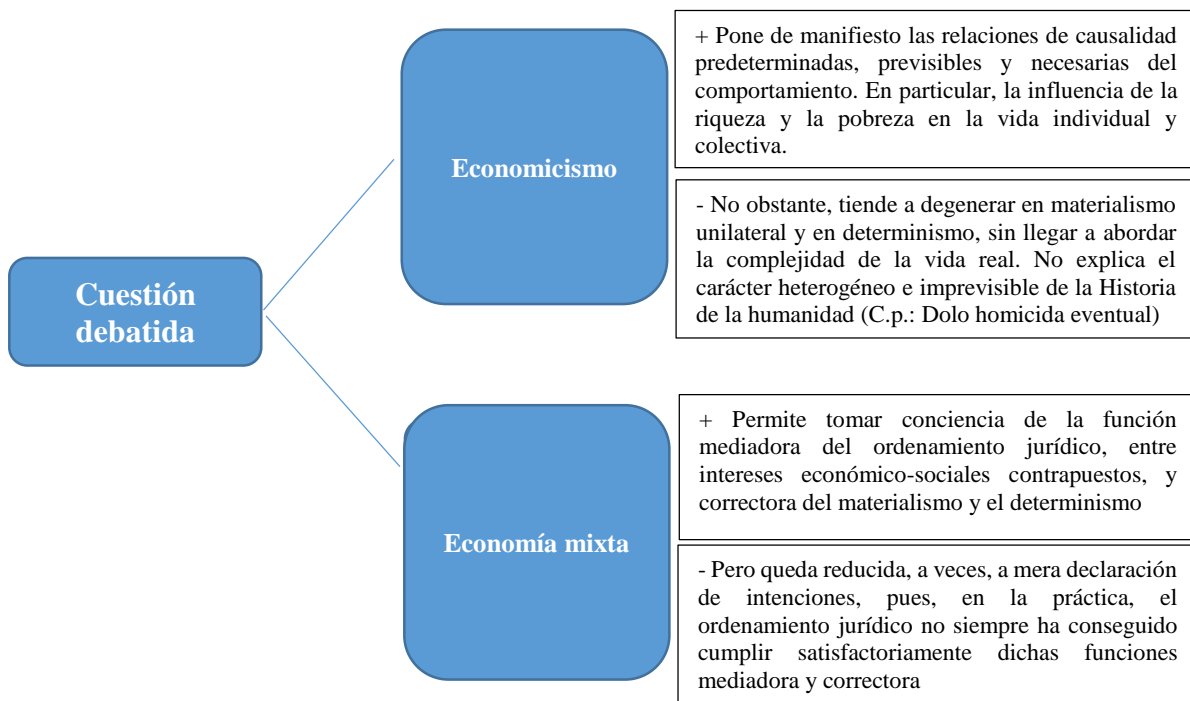


RENACIMIENTO CONTEMPORÁNEO: Con motivo de la revolución industrial y la caída del antiguo régimen estamental. La teoría afirmativa tiene mayor arraigo en el campo del Derecho internacional público y privado, mientras que la teoría negativa se encuentra en los pandectistas y en autores como H. KELSEN



IDEA DE DIVISIÓN O BIPARTICIÓN: Concepción de origen romano que alberga diversos criterios sistemáticos, entre los que prevalece el del bien jurídico y las prerrogativas subsiguientes. Ninguno de ellos es plenamente satisfactorio, puesto que prevalece la unidad del ordenamiento jurídico

10.2 Cuestión debatida: Economicismo versus economía mixta



11.- DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL

11.1 Ideas romanas de distinción y de acumulación procesal penal y civil (*iudicium publicum- iudicium privatum*)

El ordenamiento jurídico sustantivo no siempre es acatado por sus destinatarios, de modo voluntario e incontrovertido. Ante la eventualidad de que se produzca el hecho antijurídico, que supondría el incumplimiento del deber y daría lugar a la exigencia de la responsabilidad correspondiente, surge la necesidad de habilitar diversos modos de tutela y arreglo pacífico de controversias, tanto extra-procesales como procesales. Aparte de la auto-tutela, admitida solo en determinadas circunstancias, la tutela extra-procesal comprende la transacción, bilateral y no oficial, y el arbitraje, trilateral y no oficial, mientras que la tutela procesal, unilateral y oficial, se centra en el proceso penal y el civil, ante el poder jurisdiccional y judicial. Es decir, en el enjuiciamiento criminal, *iudicium publicum*, y el enjuiciamiento civil, *iudicium privatum*.

Hecho antijurídico o ilícito es comportamiento contrario a la norma e incumplimiento del deber, sancionado mediante la imposición de la correspondiente responsabilidad. Atendiendo a la gravedad del hecho, distinguimos el ilícito penal, crimen o delito público, del ilícito civil²³¹. Crimen o delito público es acción u omisión antijurídica, en grado de tentativa, frustración o consumación, y culpable, en concepto de autoría, complicidad o encubrimiento, tipificada legalmente de modo singular y declarada por sentencia firme condenatoria dada en proceso penal. Consta de elemento interno subjetivo, doloso o culposo, y de elemento externo o resultado objetivo, en diversos grados de ejecución. Y conlleva pena represora de una actitud anímica socialmente reprochable, con independencia del daño. Ilícito civil es acción u omisión injustificada que, además, causa daño o perjuicio, patrimonial o personal, susceptible de estimación o compensación pecuniaria. Viene sancionada legalmente de modo genérico y determinada por sentencia judicial o por resolución extra-procesal. Generalmente, consta de elemento interno subjetivo, doloso o culposo, y de elemento externo que comprende la producción del daño, pero, en otras, lo decisivo es el daño objetivo, siendo suficiente que haya sido causado por una conducta injustificada. Conlleva sanción reparadora, indemnizatoria, restitutoria, etc., que puede ir acumulada a la penal represora, o no acumulada a ella.

En este orden de ideas, proceso contencioso, *iudicium*, es sucesión de actos de trámite realizados por las partes contendientes y por el titular del poder jurisdiccional y judicial, con objeto de declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad o de hacerla efectiva de manera forzosa. Esto supuesto, proceso penal, enjuiciamiento criminal o *iudicium publicum* es aquel que tiene por objeto dirimir un contencioso sobre responsabilidad penal o criminal. Proceso civil, enjuiciamiento civil o *iudicium privatum* es aquel que tiene por objeto dirimir controversias en materia de responsabilidad civil, acumulada a la penal o no acumulada a ella. En el proceso penal, prevalece la tutela del interés popular y público y presenta carácter oficial e imperativo o necesario, tanto en su incoación como en su tramitación y conclusión. Se inicia, a partir de denuncia, atestado o querrela, por imperio

²³¹ Los llamados delitos privados (hurto, robo, injurias, daños), forman una categoría especial, puesto que, por una parte, llevan aparejada pena represora de la actitud anímica reprochable, pero, por otra, solo a instancia del particular ofendido son sancionables mediante pena pecuniaria de carácter privado. Lo cierto es que con el paso del tiempo acabarán siendo incluidos dentro de la sistemática jurídica junto a los crímenes o delitos públicos; libros 47 y 48 del Digesto y libro 9 del Código. Todos ellos darán lugar a sanción penal pública, acumulada, en su caso, a la civil, aunque algunos seguirán siendo perseguibles solo a instancia del ofendido.

de la ley, a cargo del poder público investido de la función correspondiente, aunque la víctima del delito renuncie a ello. Consta de dos fases: inquisitiva y acusatoria. Asimismo, la imposición de la pena solo tiene lugar en virtud de sentencia del juez, por lo que la sola confesión del reo no basta para poner fin al proceso. No cabe el allanamiento, la sola transacción, ni el arbitraje. En el proceso civil, predomina la tutela del interés particular y presenta carácter dispositivo basado en la iniciativa de las partes, tanto en su incoación como en su tramitación y conclusión. Solo se inicia a partir de demanda debidamente fundada. No consta de fase inquisitiva. Asimismo, dado que la responsabilidad civil puede imponerse por sentencia judicial o por resolución extra-procesal, la sola confesión del reo equivale a condena y se admite la conclusión del proceso por allanamiento, transacción o arbitraje. Se trata de dos ordenamientos procesales claramente diferenciados, pero que pueden converger en la práctica en relación con un mismo caso. En efecto, la práctica forense más evolucionada nos permite distinguir tres posibilidades al respecto: 1.- Aquella en que solo es exigible la responsabilidad penal, a través del enjuiciamiento criminal; 2.- La segunda posibilidad sería la relativa a la exigencia de responsabilidad civil únicamente, por mediación del proceso civil; 3.- Otra, la más frecuente, en que se acumulan ambas responsabilidades y se tramitan ambos procesos.

El estudio histórico nos muestra cómo ha llegado a admitirse dicha convergencia tras un largo periodo de transformaciones graduales, a partir de la radical separación originaria entre enjuiciamiento criminal²³² y enjuiciamiento civil²³³ y gracias a la interpretación extensiva de la *lex Aquilia de damno*²³⁴ y a la promulgación de las *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*²³⁵. Finalmente, se admite incluso la acumulación jurisdiccional y judicial en sede penal, por razones de economía procesal, salvo que las partes lleguen a una transacción, o que el ofendido renuncie a su reclamación civil, o que se reserve la acción civil para ejercerla posteriormente ante la jurisdicción civil. C. 9, 31: *Quoties et*

²³² Según el gramático FESTO 221, *quaestores parricidii appellabantur, qui solebant creari rerum capitalium quaerendarum causa* (Eran llamados *quaestores parricidii* los magistrados creados para investigar de oficio las causas de pena capital). Nos informa así del origen pre-decenviral del *iudicium publicum* ante los comicios, desarrollado con arreglo al principio inquisitivo *ex officio publico*. Más adelante, se produce el tránsito del principio inquisitivo al acusatorio, que se desarrolla ante los jurados populares, con la intervención del abogado acusador y del defensor. Por último, en la administración de justicia imperial, el carácter público se afianza frente a la intervención popular, aunque de modo no excluyente. *Actiones poenales sunt publicae, populares, particulares:*

Actio publica est quae magistratus ex officio interponere debet, pro bono commune

Actio popularis est quae quivis de populo interponere potest, pro bono commune

Actio particularis est quae offensus interponere potest, pro bono commune

²³³ El *iudicium privatum* ha quedado ya configurado con la ley de las Doce Tablas, conforme a la iniciativa de parte interesada: *Nemo iudex sine actore* (No hay juez civil, si el interesado no demanda); *Secundum allegata et probata et petita, iudex iudicare debet* (El juez civil ha de juzgar ateniéndose a lo alegado, probado y pedido por las partes). Durante el periodo republicano, la competencia jurisdiccional corresponde al pretor, urbano y peregrino; más tarde, al magistrado-juez competente, en primera instancia o en apelación.

²³⁴ La *lex Aquilia de damno*, plebiscito del siglo III a. C., tipifica el delito de daño. Su tenor literal originario viene referido a una sociedad eminentemente agraria, pero la posterior interpretación jurisprudencial analógica o extensiva, en cuanto ley de carácter indemnizatorio y no represor, ha permitido entre otras cosas establecer la distinción entre el dolo criminal, que ha de ser reprimido con una pena, y el daño que, en su caso, ha de ser reparado económicamente.

²³⁵ Las leyes Julias de los juicios públicos y privados, *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, de la época de Julio César o de Augusto, reorganizan la administración pública jurisdiccional y judicial, adaptándola al nuevo régimen del Principado. Pasamos, así, de la primera y única instancia a la apelación y segunda instancia; de la oralidad a la escrituración y de la libre valoración de la prueba a la prueba tasada.

criminalis et civilis actio competit, utraque experiri licet (Cuando la acción penal y la civil resultan procedentes, es lícito ejercitar ambas)²³⁶.

11.2 Cuestión debatida: Jurisprudencia de conceptos contra jurisprudencia de intereses

Con carácter preliminar, nos preguntamos aquí si la aplicación procesal del Derecho consiste realmente en imponer a la sociedad un régimen preestablecido, y dotado de sanción legal, de nociones, proposiciones y argumentos irrefutables, o si se trata de una serie indefinida de soluciones prácticas a los casos concretos, no siempre fáciles, que plantean los intereses compartidos y contrapuestos que están a la base del desarrollo de las relaciones entre individuos y grupos.

Como ya se ha visto en el tema dedicado a las fuentes del Derecho, la jurisprudencia romana, a partir de los precedentes judiciales reiterados, *usus fori*, ha sido fuente tradicional del *ius*, junto con la costumbre, la ley escrita y el edicto, a condición de que haya expresado la opinión común de los juristas de reconocida autoridad. Sin embargo, durante el periodo final postclásico y justiniano, tiende a imponerse la influencia helenística; la actividad codificadora y la subordinación de la función judicial y jurisprudencial al poder legislativo imperial. Por tanto, ya en época antigua, tenemos planteado el debate, que se mantendrá a lo largo del tiempo, entre método dialéctico y axiomático; inductivo y deductivo; casuístico y sistemático, *case law system* y *code law system*; asimismo, entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses.

La llamada Jurisprudencia de conceptos, *Begriffsjurisprudenz*, es seguida por los autores de la Escuela de pandectas posterior a Friedrich von SAVIGNY y desemboca en el Código civil alemán, BGB. Tiene sus precedentes remotos en los juristas romanos postclásicos de mentalidad helenística, así como en la doctrina escolástica medieval y en determinados autores racionalistas modernos, Johann OLDENDORP, Agustín BARBOSA etc. Concibe el ordenamiento jurídico como un sistema de conceptos y valores, de carácter completo, cerrado y coherente, que permite resolver cualquier caso práctico que pueda plantearse, quedando excluida la posibilidad de soluciones contradictorias.

Esta orientación se basa en la lógica jurídica axiomática y apodíctica y establece la conexión silogística entre proposiciones prescriptivas, descriptivas y facultativas en el raciocinio judicial, para llegar a una conclusión que se toma como verdadera, inatacable e incuestionable²³⁷. El razonamiento deductivo, categórico o condicional, parte de dos premisas determinadas, mayor y menor, de modo que la mayor (proposición normativa) se combina con la menor (proposición fáctica), para llegar necesariamente a una conclusión (proposición facultativa: derecho subjetivo, deber correlativo, responsabilidad eventual). En este tipo de razonamiento, las premisas y la conclusión son consideradas verdaderas. Todo se reduce a un razonamiento judicial, preferentemente interpretativo²³⁸, quedando el probatorio y los razonamientos de las partes, a través de sus abogados, en segundo plano. Resulta encomiable en el sentido de que sus objetivos son la celeridad, la certeza y la seguridad, en la aplicación del Derecho.

²³⁶ Arts. 109 CP; 100 y ss. LECrim

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

²³⁷ D. 50, 17, 207: *Res iudicata pro veritate accipitur*.

²³⁸ Art. 1.7 CC: *Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

En definitiva, esta doctrina ha pretendido situar la Ciencia del Derecho en el terreno de la razón pura cognoscitiva. Al mismo tiempo, ha creído estar en posesión de un sistema consolidado plenamente, por lo que la actividad judicial y la jurisprudencia práctica se limitan a clarificar y completar el ordenamiento jurídico, sobre todo en materia civil, sin que puedan llegar a ser fuerzas verdaderamente creadoras.

Frente a la Jurisprudencia de conceptos, surge la crítica proveniente de Rudolf von IHERING, desde la perspectiva de la Jurisprudencia de intereses, *Interessenjurisprudenz*, según la cual no es admisible la argumentación jurídica que opera con proposiciones de naturaleza heterogénea, prescriptiva, descriptiva, facultativa. Asimismo, la argumentación jurídica no es, en realidad, preferentemente interpretativa, sino que presenta dos modalidades diversas: ante todo, la inferencia probatoria²³⁹ de los hechos singulares que constituyen el relato fáctico, a partir de un cúmulo de hechos indiciarios y, después, la interpretativa, a partir de normas generales y de precedentes singulares. A su vez, dentro de la inferencia probatoria, hemos de distinguir las que realizan las partes y la que lleva a cabo el juez. Y lo mismo, a propósito de la inferencia interpretativa. En cuanto a las conclusiones a que se llega, no podemos hablar en términos de verdad o falsedad, sino de probabilidad, en mayor o menor medida, o de convicción del juez. Pensemos que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma el hecho, no a la que lo niega, y que este hecho generalmente es complejo; en parte, externo y, en parte, interno.

En el contexto de las crisis de la economía liberal y de la conflictividad social, desde este punto de vista, se constata la existencia de lagunas, ambigüedades y superposiciones normativas, así como de resoluciones judiciales contradictorias en primera y segunda instancias y en los supuestos de casación o revisión etc. Por lo que se insta a pasar de una lógica sistemática a una lógica problemática, más acorde con la mentalidad de los juristas romanos clásicos. En este sentido, el ordenamiento jurídico es concebido como una sucesión de remedios y precedentes, de carácter abierto, a través de los cuales se trata de hallar la solución más acertada posible ante un determinado conflicto de intereses. Frente al pretendido silogismo judicial deductivo, se opta por inferencias de carácter inductivo²⁴⁰, en el sentido de que permiten pasar de determinadas premisas singulares a una conclusión singular, e incluso ascender de lo singular a lo regla general, *regula iuris*. La aplicación contenciosa del Derecho, en que intervienen los representantes de las partes y los jueces y tribunales, no se limita a resolver el caso singular, sino que además genera o reitera criterios que los juristas recopilan, en un proceso constante de desarrollo del ordenamiento jurídico²⁴¹.

Finalmente, en aquellos casos en que persiste la duda por haber resultado insuficiente la inferencia probatoria o interpretativa, se recurre a aforismos tradicionales que, en realidad, están basados en criterios de simple conveniencia o convención, como los siguientes: *in dubio pro reo*; *in dubio pro debitore*; *in dubio pro operario*; *in dubio pro possessore etc.* (Art. 1289 CC).

²³⁹ EXPOSICIÓN Jordi FERRER: *Concepción persuasiva vs concepción racionalista de la prueba*. <https://www.youtube.com/watch?v=qnv1xXea13U>

²⁴⁰ D. 50, 17, 1 (PAULO): *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat (El derecho aplicable al caso no se deduce de la regla, sino que la regla se ha inducido de los precedentes)*.

²⁴¹ El caso práctico de Ticiania viene a avalar este planteamiento en la medida en que nos aporta un concepto abierto de acción judicial, no restringido al campo del derecho subjetivo legalmente preestablecido, sino al interés valorado por el juez ante situaciones sociales dignas de protección. Asimismo, por la admisión de la prueba indirecta, basada en la convicción judicial, a falta de medios indiciarios de carácter directo.

La jurisprudencia de intereses ha sido criticada, por el riesgo que lleva consigo de incurrir en falta de uniformidad de criterio judicial, con grave perjuicio para la seguridad, certeza y rigor normativo del ordenamiento vigente.

11.3 CASO PRÁCTICO DE TICIANA Y CLAUDIO:²⁴²

RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

En el caso anterior del dolo eventual, hemos visto que, ya desde la época del jurista clásico PAULO, puede hablarse de “obligación legal” de reconocer y alimentar a los hijos, pues la impone la jurisprudencia unánime y más tarde el legislador (Digesto 25, 3 *De agnoscendis et alendis liberis*). Obligación legal que viene reforzada por la acción penal de oficio en diversos supuestos de infanticidio, entre los que se encuentra el abandono. Otras obligaciones legales en materia de consanguinidad entre parientes son la de alimentos y la de legítima hereditaria. En este sentido, el Derecho romano establece la filiación matrimonial mediante inscripción en el censo público del hecho biológico del nacimiento. La filiación materno-filial se inscribe por la evidencia del parto. La relación paterno-filial, por la presunción legal de paternidad del marido, salvo prueba en contrario, *praesumptio iuris tantum*.

Se reconoce también la legitimación, *legitimatio*. Acto en virtud del cual adquieren la condición de hijos legítimos del progenitor aquellos que no han nacido en el seno de un justo matrimonio, *iustae nuptiae*. Tiene lugar la legitimación por matrimonio de los padres con posterioridad al nacimiento, *legitimatio per subsequens matrimonium*. Asimismo, por inscripción, etc.

Por otro lado, un rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, del año 162 d. C., dirigido a Ticiana, que había consultado a la Cancillería, sobre el reconocimiento judicial de paternidad extramatrimonial:

*Si al juez competente consiguieras probar que, como dices, es de Claudio el niño que diste a luz, mandará que se le presten alimentos al mismo con arreglo a las facultades del progenitor. Asimismo, el citado juez estimará en poder de quién deberá ser educado*²⁴³.

En cuanto a los medios de prueba admitidos en este tipo de juicios de reclamación de paternidad, la jurisprudencia toma en consideración otro rescripto de la Cancillería imperial, dirigido a Claudio:

Los emperadores Antonino y Vero respondieron por rescripto en los términos siguientes: Se ha decretado que las pruebas que se dan respecto a los hijos no consistan en la sola afirmación de los testigos, sino que también las cartas que se alegare que

²⁴² Estamos ante la acción de filiación o derecho que tiene un determinado sujeto, parte actora demandante, a ir a juicio civil frente a otra, parte demandada, en materia de relación materno-filial o paterno-filial. Puede ser de reclamación o de impugnación.

La acción de reclamación es aquella que tiene por objeto, entre otras cosas, la solicitud, por quien afirma ser hijo de otro, de reconocimiento judicial de la relación jurídica paterno-filial extramatrimonial, no inscrita en el censo o el registro (arts. 131-134 CC; 748 y ss. LEC).

La acción de impugnación tiene por objeto, entre otras cosas, la solicitud, por quien niega ser padre de otro, de declaración judicial de inexistencia de la relación jurídica paterno-filial matrimonial ya determinada e inscrita (arts. 136-141 CC; 748 y ss. LEC).

²⁴³ Código de Justiniano 5, 25, 3:

Si competenti iudici eum, quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem, an apud eum educari debeat, aestimabit.

*fueron enviadas a las mujeres, si constare su autenticidad, tengan, en cierto modo, fuerza probatoria de instrumentos públicos*²⁴⁴.

Resultó que Ticiania conservaba dos cartas escritas por Claudio en las que denominaba al hijo de esta *filius noster*. A pesar de todo, el citado Claudio no llegó a reconocer formalmente ante el magistrado-juez su paternidad, *confessio in iure*²⁴⁵, alegando que no tenía plena confianza en ella.

ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*²⁴⁶)

1º.- Nacimiento de un niño, N., dado a luz por Ticiania. El parto es un hecho biológico externo, es decir, accesible a los sentidos. Además, se ha producido con asistencia médica y se ha dejado constancia escrita del mismo a efectos de su inscripción en el censo²⁴⁷.

2º.- Tiene lugar la relación de consanguinidad materno-filial entre madre e hijo, en el primer grado de la línea recta descendente. Es otro hecho biológico derivado directamente del anterior y que participa de la misma notoriedad, por lo que se admite en juicio, mediante la sola aportación del documento correspondiente, sin necesidad de aportar más pruebas, *mater semper certa est*²⁴⁸.

3º.- Alegación de inexistencia de matrimonio, realizada por parte de Ticiania, a efectos de la inscripción del nacimiento de N.

4º.- Falta de reconocimiento de paternidad en relación con la inscripción del nacimiento. La paternidad no es un hecho biológico notorio y la extramatrimonial tampoco es presunta²⁴⁹, por lo que puede negarse en juicio. Tal negación prevalece mientras no haya prueba de paternidad.

5º.- Ante esta situación, Ticiania demanda a Claudio, ejercitando la acción civil de declaración de paternidad extramatrimonial, a lo que se añade la petición de alimentos y la solicitud de concesión de la tutela materna, todo lo cual es admitido a trámite.

6º.- El abogado del demandado, presenta la contestación a la demanda, que es admitida a trámite. Siendo negado el hecho de la pretendida paternidad, estamos ante una difícil *quaestio facti*, pues requiere una prueba muy complicada, que corre a cargo de la parte actora demandante.

²⁴⁴ SCÉVOLA D. 22, 3, 29 pr.:

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in haec verba: "Probationes quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constet, nonnullam vicem instrumentorum optinere decretum est".

²⁴⁵ Como dice PAULO (Digesto 42, 2, 1), el reo que confiesa es tenido como si hubiera sido juzgado y condenado, *confessus pro iudicato est*.

²⁴⁶ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

²⁴⁷ El censo es un sistema de actas del estado civil que, a través del registro de nacimientos y fallecimientos, permite la acreditación de tales hechos biológicos. E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, p. 77.

²⁴⁸ PAULO, Digesto 2, 4, 5.

²⁴⁹ Hay presunción de paternidad del marido cuando el nacimiento tiene lugar 180 días después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 desde su disolución, *pater est is quem nuptiae monstrant*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*²⁵⁰)

1°.- El hecho del nacimiento produce por imperativo legal, *ipso iure*, la adquisición de la personalidad por parte del recién nacido, N.²⁵¹, el cual es titular, ante todo, del derecho a la vida.

2°.- Asimismo la consanguinidad biológica materno-filial da lugar inmediatamente a una relación jurídica que lleva consigo derechos y deberes, entre ascendiente y descendiente, sobre todo, la obligación de prestación de alimentos a cargo de la madre, así como las eventuales responsabilidades civiles y penales.

3°.- La inexistencia de matrimonio entre los progenitores de N. excluye la posibilidad de aplicar la “presunción legal *iuris tantum* de paternidad del marido”. En estas condiciones, la determinación de la paternidad extramatrimonial dependerá, o bien del matrimonio subsiguiente, o bien del reconocimiento por parte del progenitor, o bien de la declaración realizada mediante sentencia judicial firme.

4°.- La falta de reconocimiento del progenitor no permite, en principio, establecer la relación jurídica paterno-filial, con los derechos y obligaciones que lleva consigo.

5°.- La presentación de la demanda, admitida a trámite por el magistrado-juez de lo civil, es acto de incoación del proceso, que da lugar a una serie de derechos y obligaciones entre las partes litigantes y que habilita al magistrado-juez para ejercer sus competencias. El fundamento jurídico de esta demanda es la alegación de hecho, realizada por parte de Ticiano, de la paternidad de Claudio, asumiendo la carga de la prueba, *onus probandi*²⁵².

6°.- La admisión a trámite de la contestación a la demanda permite al demandado, por medio de su representación procesal, ejercer su defensa conforme a derecho, frente a una posible reclamación infundada de la parte contraria.

RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*²⁵³)

1°.- A partir del siglo II d. C., se reconoce el derecho de la madre de reclamar en juicio el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, siempre que aporte las pruebas suficientes.

2°.- Lo mismo puede decirse de los derechos de petición de alimentos (*si competenti iudici probaveris, alimenta praestari iubebit*) y de concesión de la tutela materna (*idem, an apud eum educari debeat, aestimabit*).

²⁵⁰ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

²⁵¹ Superada ya la fase inicial de la Historia de Roma, en que predominaba la *patria potestas* pre-jurídica, basada en los *mores maiorum*.

²⁵² *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (la carga de la prueba incumbe al que afirma el hecho, no al que lo niega). PAULO Digesto 22, 3, 2.

²⁵³ Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas.

3º.- Aunque en la antigüedad no se dispone de los medios probatorios actuales²⁵⁴, lo cierto es que la jurisprudencia romana se muestra flexible y admite diversas modalidades, como la declaración de testigos fidedignos o las escrituras privadas fehacientes, esto es, la correspondencia epistolar entre las partes ahora litigantes, *non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulas, quae uxoribus missae allegarentur*. Bastaría, en este caso, para desvirtuar la negativa de Claudio con una prueba por indicios indirectos que llevase al juez a la convicción personal de paternidad, presunción judicial.

²⁵⁴ Artículo 767 LEC. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

11.- DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL

11.1 Ideas romanas de distinción y de acumulación procesal penal y civil (*iudicium publicum- iudicium privatum*)

EPOCA PRECLÁSICA: **Caracteres generales del proceso:** Unidad de instancia, ante los comicios, los jurados y los jueces privados. Oralidad. Libre valoración judicial. Intervención popular. **Caracteres específicos: Del proceso penal, *iudicium publicum*:** Incoación de oficio por imperio de la ley a cargo del magistrado competente, a partir de denuncia, querrela, atestado, etc. Conclusión por sentencia firme dictada de oficio. **Del proceso civil, *iudicium privatum*:** Incoación a instancia de parte interesada. Conclusión, según el principio dispositivo, por diversos motivos: confesión, transacción, laudo, sentencia

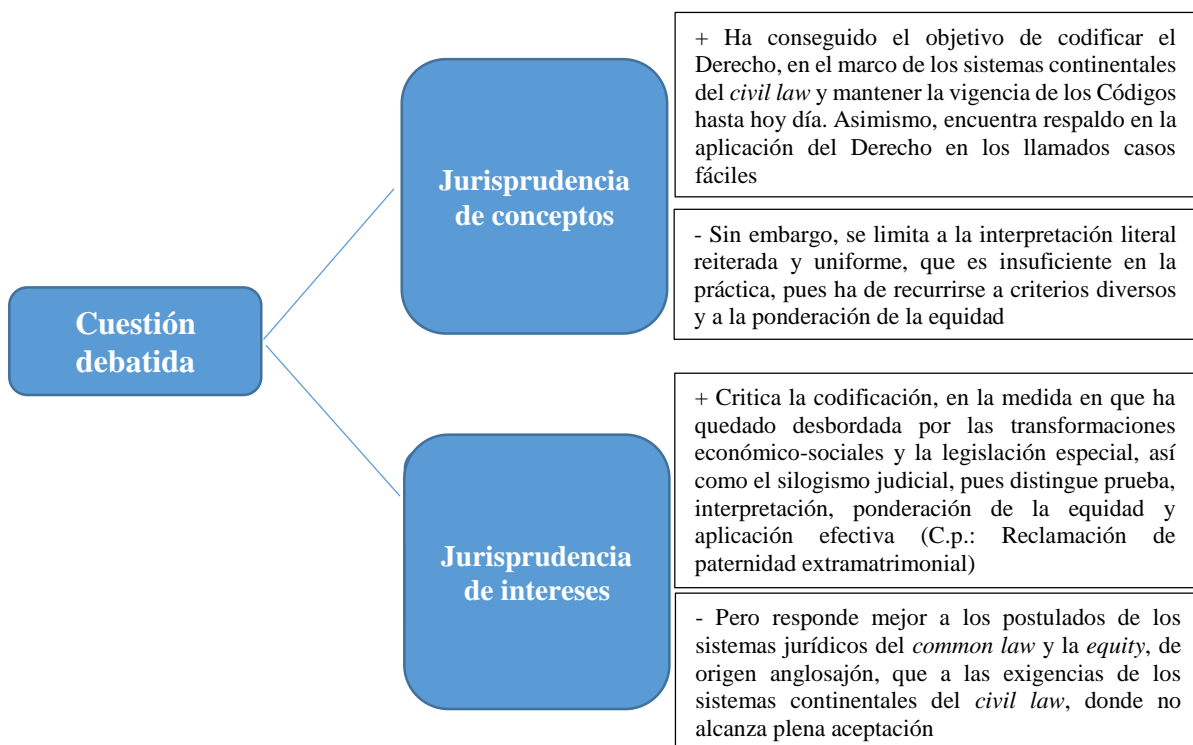


ÉPOCA CLÁSICA: **Caracteres generales del proceso:** Jerarquía (apelación, suplicación). Formalidad escrita. Tasación de la prueba y la interpretación. Decadencia de la intervención popular. **Caracteres específicos: Del proceso penal, *iudicium publicum*:** Incoación de oficio por imperio de la ley a cargo del magistrado competente, a partir de denuncia, querrela, atestado, etc. Conclusión por sentencia firme dictada de oficio. **Del proceso civil, *iudicium privatum*:** Incoación a instancia de parte interesada. Conclusión, según el principio dispositivo, por diversos motivos: confesión, transacción, laudo, sentencia



IDEAS DE DISTINCIÓN Y ACUMULACIÓN: Distinción significa diversidad de principios inspiradores y de reglas dispositivas en materia de enjuiciamiento criminal y de enjuiciamiento civil, desde los orígenes históricos hasta el tiempo presente. Sin embargo, por varios motivos, entre los que se encuentra el principio de economía procesal, cabe la posibilidad de tramitación conjunta

11.2 Cuestión debatida: Jurisprudencia de conceptos contra jurisprudencia de intereses



12.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES

12.1 Idea romana de subdivisión tripartita del ordenamiento jurídico: *ius personarum, ius rerum, ius actionum*

Aunque el jurista clásico GAYO inicia sus Instituciones mencionando la bipartición *ius proprium – ius commune*, lo cierto es que prefiere seguir el criterio de la tripartición en el desarrollo sistemático de esta obra²⁵⁵: *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones, sed prius videamus de personis*²⁵⁶. A propósito de las notas características de esta tricotomía clásica, enunciaremos las siguientes: 1.- Sistemática; 2.- Pedagógica; 3.- Interna; 4.- Descriptiva-prescriptiva, no ontológica-deontológica; 5.- Dialéctica-retórica, no analítica.

1.- Sistemática, porque, a partir de los dos binomios anteriores (*ius proprium – ius commune; ius publicum – ius privatum*), viene a facilitar el análisis tridimensional de las relaciones jurídicas de Derecho propio, de Derecho de gentes, de Derecho público y de Derecho privado. De este modo, cada una de estas cuatro ramas del ordenamiento jurídico se subdivide, a su vez, en los tres subsectores ya citados.

2.- Pedagógica, ya que identifica las tres nociones básicas para la comprensión del Derecho (sujeto, objeto, garantía), que abarcan tanto el plano de su virtualidad plena o desarrollo pacífico, no controvertido y sin contravención, como el plano de la prevención y restauración, tras la controversia o la contravención. Y a partir de ellas, facilita la exposición ordenada del conjunto, no siguiendo un criterio normativo e imperativo, sino institucional y conceptual.

3.- Se trata aquí también de una división interna del ordenamiento unitario, no de una distinción de tres ordenamientos considerados por separado de manera independiente. En efecto, toda relación jurídica consta de elementos subjetivos y objetivos y presenta un régimen principal y ordinario o sustantivo y otro preventivo, que puede desplegarse como supletorio o adjetivo. Por tanto, estamos ante tres factores que no han de confundirse, pero que operan de manera simultánea y coordinada.

Derecho de personas es sector prioritario²⁵⁷ del ordenamiento, que contempla y regula la condición de los sujetos y las facultades subjetivas correspondientes a las relaciones jurídicas. En este sentido, *persona physica* es el ser humano como sujeto dotado de capacidad jurídica, de obrar y disponer y, eventualmente, susceptible de incurrir en responsabilidad derivada de hecho ilícito. Por extensión, persona jurídica, *persona ficta*, es entidad personificada, asociativa o patrimonial, dotada de capacidad mediante representación orgánica, ejercida por la persona física encargada de su dirección y administración.

²⁵⁵ En efecto, el libro o comentario primero está dedicado al Derecho de personas; los libros segundo y tercero, al Derecho de cosas y el libro cuarto, al Derecho de acciones.

²⁵⁶ *Todo el Derecho que usamos corresponde a las personas, las cosas, o las acciones, pero ante todo hemos de ver el Derecho de personas*; G. 1, 8. Similares consideraciones podemos hacer a propósito de las Instituciones de Justiniano que, con algunas variantes, reproducen el modelo clásico.
<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

²⁵⁷ En efecto, el Derecho objetivo emana de la autonomía de la voluntad del sujeto y todo derecho subjetivo, ya sea del *ius personarum*, del *ius rerum* o del *ius actionum*, presupone la existencia del sujeto.

Derecho de cosas es sector complementario²⁵⁸ del ordenamiento, que contempla y regula los elementos y contenidos objetivos correspondientes a las relaciones jurídicas. En la mentalidad de la jurisprudencia romana, se ha producido una “espiritualización”, que ha llevado, a partir de una noción materialista, a admitir también un sentido inmaterial. En efecto, *res* o cosa es objeto corporal o incorporeal que se encuentra bajo determinada potestad personal²⁵⁹.

Derecho de acciones es sector tuitivo²⁶⁰ del ordenamiento jurídico que contempla y regula los medios de protección, procesales e incluso extraprocesales, correspondientes a las relaciones jurídicas, ante la eventualidad de controversias, o de su transgresión o violación por hecho antijurídico. *Actio* o acción es derecho del actor frente al reo, ante el magistrado y juez, a la tramitación del proceso, siempre que aporte los elementos preliminares suficientes. Asimismo, es derecho a una sentencia favorable, si aporta los elementos definitivos necesarios²⁶¹. Al concepto de acción se añaden los complementarios de poder judicial y jurisdiccional.

4.- Los contenidos del *ius personarum, rerum et actionum* vienen expresados por mediación de proposiciones descriptivas de los sujetos, los objetos y los hechos, tanto ajenos a la voluntad o intencionalidad humanas como dependientes de ellas y emanadas de operadores jurídicos diversos. O bien, mediante proposiciones prescriptivas, emanadas del legislador, o facultativas, emanadas del juez o de las partes interesadas, etc.

5.- Asimismo, se plantea el problema de la argumentación con premisas de carácter descriptivo, prescriptivo y facultativo para llegar a las oportunas conclusiones, tanto en materia probatoria como interpretativa. En este sentido, no sería correcto atribuir a la proposición descriptiva el carácter de modo de expresión de la razón pura cognoscitiva y mantener su pertenencia al dominio ontológico del ser. Ni considerar que las proposiciones prescriptivas y facultativas se encuentran dentro del ámbito de la razón práctica y pertenecen al dominio deontológico del deber ser. Se incurriría así en la llamada falacia naturalista, cuando se pretendiera pasar de premisas ontológicas a conclusiones deontológicas, esto es, deducir en términos de lógica necesaria y apodíctica de la existencia del ser humano, la titularidad de derechos fundamentales. En cambio, se incurriría en la falacia idealista cuando se pretendiera pasar de premisas deontológicas a conclusiones ontológicas, esto es, deducir lógicamente por imperio de razón universal, del precepto normativo vigente el acto de cumplimiento o resarcimiento, ya sea de forma voluntaria o por imperativo judicial²⁶².

²⁵⁸ Aunque, en realidad, determinados bienes, que constituyen el mínimo vital, son imprescindibles para la existencia misma del sujeto.

²⁵⁹ G. 2, 12 = Instit. J. 2, 2: *Res corporales sunt quae tangi possunt ut fundus; Res incorporales sunt quae tangi non possunt ut ususfructus, obligatio et cetera* (Cosas corporales son aquellas que podemos tocar, como un inmueble rústico; cosas incorporales, las que no podemos tocar, como un usufructo, una obligación, etc.).

²⁶⁰ Ante todo, preventivo y, en su caso, compensatorio.

²⁶¹ D. 44, 7, 51: *Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur* = I. J. 4, 6, pr. ULPIANO, D. 44, 7, 25: *In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: est semper adversus eum est qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet* (Por la acción real reclamamos la cosa nuestra poseída por otro y siempre va dirigida contra cualquiera que posea la cosa específica. Por la acción personal procedemos contra aquel que se ha obligado a hacer alguna cosa o a darla y siempre tiene lugar contra la misma persona).

²⁶² No estamos en el campo de la razón pura cognoscitiva, sino en el de la razón práctica, esto es, no en la lógica analítica aristotélica, sino en la dialéctica, la tópica, la retórica y la oratoria, que M. T. CICERÓN ha

12.2 Cuestión debatida: Plan²⁶³ de GAYO frente a Plan de SAVIGNY

El Plan tripartito, *persona, res, actio*, de las *Institutiones* de GAYO²⁶⁴ procede de la jurisprudencia clásica. Será conservado más tarde por los juristas bizantinos, encargados de llevar a cabo la recopilación de los textos de las fuentes romanas en el *Corpus Iuris Civilis*, una de cuyas cuatro partes es la que denominamos igualmente *Institutiones*. Y, a partir de entonces, tendrá continuidad a lo largo del tiempo, hasta llegar a la época contemporánea. Se mantiene todavía durante el siglo XIX²⁶⁵, siendo denominado Plan romano-francés²⁶⁶, pero ya en el XX es sustituido por el llamado Plan alemán²⁶⁷. De acuerdo con este último criterio, la división interna sería la siguiente: Parte general; Parte especial: Derecho de personas; Derechos reales, Derecho de obligaciones; Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

En primer lugar, es preciso reconocer el mérito de la jurisprudencia romana clásica al identificar los tres pilares sobre los que se asienta todo el edificio de la formación intelectual del jurista: sujetos, objetos, acciones. La totalidad de los enunciados jurídicos (prescriptivos, descriptivos, facultativos) giran en torno a tan solo tres ideas que, a pesar de su aparente sencillez, por su concisión, resultan aptas para aglutinar gran cantidad de significados. La idea de *persona*, de acuerdo con los tres *status personarum, status libertatis, status civitatis, status familiae*, se caracteriza por su amplitud, puesto que no se limita a quienes gozan de la plena capacidad jurídica y de obrar, esto es, aptitud para la titularidad de derechos y deberes y para realizar actos válidos, ejecutivos, declarativos, dispositivos, etc. Incorpora, además, a quienes, no teniendo la condición de ciudadanos, pertenecen a comunidades políticas aliadas y gozan de un estatuto personal, de mayor o menor amplitud según las circunstancias. Y, por extensión, todo ser humano, desde el momento del nacimiento, *status libertatis*, salvo que pertenezca a una comunidad política con la que mantenemos un conflicto bélico. Habría que incluir también aquí a los libertos, aquellas personas que han alcanzado la libertad, quedando liberadas, en virtud de la

difundido entre los romanos y que todavía hoy se mantiene (Theodor VIEWEG, Chaïm PERELMAN). Se trata de la lógica de inferencia de hechos y decisiones, del legislador, del juez, de los operadores jurídicos, que trata de llegar a conclusiones coherentes, evitando las contradicciones, en términos de probabilidad o convicción.

²⁶³ El término Plan alude a la ordenación a seguir en los estudios de Derecho en la Universidad, especialmente en las materias de Derecho romano y civil.

²⁶⁴ A diferencia de la compleja sistemática del Edicto del pretor y de los *libri digestorum*, que está pensada para los abogados y los jueces, que recurren a los textos en busca de soluciones ante los problemas que plantea la práctica forense, la ordenación de las materias en los *libri institutionum* está pensada para facilitar a los estudiantes de Derecho la labor de comprensión y asimilación de las nociones fundamentales del ordenamiento jurídico.

²⁶⁵ Juan SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, 2 vols., Madrid, 1820. Juan HEINECIO, *Recitaciones de Derecho romano*, 2 vols., Madrid, 1842. Joseph ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, 2 vols., Madrid, 1847. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, 2 vols., Madrid, 1863.

https://books.google.es/books?id=5d0614b9VosC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

²⁶⁶ Porque ha servido de inspiración al legislador en Francia, el cual ha dividido el Código Civil napoleónico en un título preliminar y tres libros, que tratan de las personas, los bienes y los diferentes modos de adquirir la propiedad. La influencia del mismo en el Código Civil español, que añade un cuarto libro, y en la codificación latinoamericana resulta innegable.

²⁶⁷ Es el Plan de Friedrich von SAVIGNY y de la Escuela de Pandectas, que se ha impuesto mayoritariamente en la doctrina civil alemana, italiana y española, no en la francesa, proyectándose incluso al estudio del Derecho romano y a la enseñanza universitaria. Carlos MAYNZ, *Curso de Derecho romano*, 3 vols., Barcelona, 1892. Diego ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, 5 vols., Madrid, 1974-77, etc.

manumisión, de la servidumbre. Y, en último término, a los siervos, en la medida en que pueden llegar a alcanzar la libertad. Por otro lado, la idea de cosa, *res*, ha ido ampliando su ámbito de vigencia, desde su significado material o corporal original. A lo largo de un proceso de espiritualización, ha ido incorporando otros significados de carácter incorporeal o intangible. El significado corporal se identifica con el elemento material y tangible de la posesión, *corpus*. El sentido incorporeal se refiere a objetos diversos: en primer lugar, a los derechos sobre las cosas, como propiedad, usufructo, etc.; asimismo, a los derechos de crédito que corresponden al acreedor frente al deudor y que contienen una determinada prestación; e incluso, las deudas en cuanto elemento pasivo del patrimonio personal. El término *res* se extiende incluso a los bienes de dominio público que se encuentra fuera del comercio, *res extra commercium*. Finalmente, la idea de *actio*, acción judicial, constituye otra de las grandes aportaciones de la jurisprudencia romana. Significa, ante todo, el derecho del actor, en el proceso civil y criminal, a la tramitación del juicio y, además, el derecho del actor a una sentencia favorable, siempre que en ambos casos aporte los elementos preliminares provisionales y definitivos necesarios para ello. Pero, de modo implícito, significa también el derecho del reo a defenderse frente al ejercicio de la acción. Fuera de los casos de la *confessio in iure*, esto le permite oponerse mediante la *negatio*, la *exceptio* o la *praescriptio*. Todo lo cual presupone la concurrencia del poder jurisdiccional y judicial. La distinción gayana entre *actiones in personam*²⁶⁸ y *actiones in rem*²⁶⁹ ha llegado incluso al Código Civil (arts. 1962 y ss.).

Contra la sistemática gayana se aduce, entre otras cosas, la carencia de una parte general introductoria, que desarrolle las nociones clave, como la de fuentes, norma, hecho jurídico, relación jurídica, incluyendo las dicotomías ya estudiadas. Precisamente, la incorporación de esta parte general sería la gran virtud de la sistemática alemana.

Sin embargo, también esta ha sido objeto de críticas. En particular, frente a la concepción dualista “derechos reales-obligaciones”, que quiebra la unidad del Derecho patrimonial, encontramos las doctrinas monistas: 1ª.- La concepción obligacional del derecho real, ya que éste no supone necesariamente un poder directo sobre la cosa. Se considera, pues, al titular del mismo como un acreedor y a todos los demás como deudores con el deber de abstención y de asumir la eventual responsabilidad reparadora por daño, noción que ha acabado por generalizarse (Marcel PLANIOL). 2ª.- La concepción realista de la obligación, puesto que, habiendo caído en desuso la ejecución civil personal e implantada la ejecución patrimonial y siendo incoercible la libre decisión del deudor, en cuanto a la realización o no de la prestación, lo que tiene el acreedor es un derecho a proceder contra el patrimonio de dicho deudor en caso de incumplimiento injustificado e imputable, art. 1911 CC (Alois von BRINZ). 3ª.- La concepción unitaria intermedia o romanística, ya que se centra sobre todo en la naturaleza de las acciones pertinentes. En efecto, la distinción más importante del Derecho patrimonial, entre “derechos reales”, por un lado, y “derechos de crédito y correlativas obligaciones”, por otro, ha sido elaborada por la doctrina medieval y moderna, a partir de la distinción romana entre acciones judiciales *in rem* oponibles *erga omnes* (ejs. reivindicatoria, hipotecaria etc.) y acciones *in personam* oponibles frente al obligado deudor y, en su caso, el heredero (ejs. acción del comprador, del vendedor, *actio empti, venditi* etc.).

²⁶⁸ G. 4, 2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*

²⁶⁹ *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*

12.3 CASO PRÁCTICO: ACUMULACIÓN DE
ACCIONES JUDICIALES DEL “COMODATARIO” Y DEL “PROPIETARIO”
ANTE UN SUPUESTO HURTO²⁷⁰ DE LA COSA PRESTADA

La definición clásica de delito de hurto, *furtum*²⁷¹, procede de la interpretación que hacen los juristas a partir de la ley de las XII Tablas. Los términos “sustracción fraudulenta” y “ánimo de lucro” que en ella se emplean nos permiten distinguir los dos elementos básicos de este ilícito penal²⁷²: la antijuridicidad y la culpabilidad. Por una parte, un elemento externo, esto es, el apoderamiento injustificado de una cosa mueble y, por otra, el elemento interno, que consiste en la intención dolosa o ánimo reprochable de obtener un rendimiento económico²⁷³.

El presente caso práctico se basa en la información que el jurista clásico GAYO nos ofrece, a propósito de los tres tipos de acciones judiciales previstas en el Edicto del pretor, en materia de hurto: En primer lugar, la acción penal²⁷⁴; en segundo lugar, la acción acumulada de resarcimiento²⁷⁵ y, en tercer lugar, la acción civil reivindicatoria²⁷⁶:

Se ha admitido, para combatir mejor a los ladrones y proporcionar más acciones contra ellos, que, al lado de las acciones penales, dirigidas a imponer una pena de multa pecuniaria, al doble o al cuádruple, según la gravedad del delito, haya una acción con la que se pretende obtener aquello que el ladrón debe reparar. Asimismo, el propietario de la cosa hurtada dispone también de la acción reivindicatoria, por la

²⁷⁰ Prefiero utilizar aquí la expresión “supuesto hurto” en vez de “hurto presunto”, puesto que en derecho se presume la inocencia y no el delito.

²⁷¹ PAULO Digesto 47, 2, 1, 3 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>
“*Furtum*” est *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* (“Hurto” es apoderamiento “fraudulento” de una cosa, con la intención socialmente reprochable de obtener un “lucro”; ya sea de la cosa misma, o bien del solo uso de la misma, o de su posesión, *furtum rei, furtum usus, furtum possessionis*).

²⁷² En principio, es un “delito privado”, puesto que solo es perseguible a instancia del particular agraviado. Pero lo cierto es que lleva consigo una pena pecuniaria o multa, prevista legalmente y de carácter represor del dolo.

En la actualidad, la categoría del delito privado ha quedado reducida prácticamente a los delitos de injurias y calumnias.

²⁷³ Artículo 234 CP <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

²⁷⁴ Artículo 100 LECrim <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

²⁷⁵ Artículo 109 CP <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

1. *La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*

2. *El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.*

²⁷⁶ Artículo 348 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

*que pretende recuperar la posesión de la cosa específica e individualizada, que se encuentra en la posesión del mismo ladrón o de un tercero*²⁷⁷.

*La acción de hurto debe ser ejercida por aquel que asume la responsabilidad de la conservación de la cosa, sin ser el propietario*²⁷⁸. Y, por tanto, cuando no hay otro que asuma dicha responsabilidad, el dueño únicamente es el que puede ejercerla²⁷⁹.

1. ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*²⁸⁰)

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- “Contrato de préstamo de uso o comodato” entre A. y B., debidamente formalizado por medio de escritura privada ante testigos idóneos. El “acuerdo de voluntades” y el “acto constitutivo” comprenden los dos elementos siguientes:

Por una parte, A. “entrega” a B. un caballo de su propiedad, perfectamente individualizado y diferenciado por las correspondientes marcas, para que lo emplee en sus desplazamientos entre dos poblaciones próximas, durante “un mes”.

Por otra parte, B. lo “recibe”, en concepto de “mera detentación” para el uso, a título gratuito, esto es, sin obligación de pagar una renta, pero obligándose a restituirlo, en las mismas condiciones en que lo ha recibido, transcurrido el plazo fijado de común acuerdo.

En estas circunstancias, A. no realiza una actividad mercantil profesional, con el fin de obtener un beneficio económico, sino que estamos ante una relación jurídica entre particulares fundada en vínculos civiles de familiaridad, amistad, vecindad, etc.

2º.- Transcurridos “35 días” de trabajo y cuando se disponía a devolver el caballo, B. comprueba que ha desaparecido. Denuncia el hecho y promueve una investigación, con el fin de recabar informes periciales sobre huellas y restos hallados en diversos lugares relacionados con la desaparición. Pretende también obtener y aportar declaraciones de testigos fidedignos.

La desaparición del caballo es, en efecto, un hecho clandestino e incierto, que no es público ni notorio, por lo que ha de ser alegado y probado y puede ser negado simplemente por el imputado o acusado.

3º.- Dos meses más tarde, se descubre de modo casual, en un poblado alejado de aquel en que había desaparecido el mencionado caballo, que este se halla en la pacífica “posesión”

²⁷⁷ Instituciones de Gayo 4, 4 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamuis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

²⁷⁸ Artículo 109 CP <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

²⁷⁹ Instituciones de Gayo 3, 203 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intiret rem non perire.

²⁸⁰ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

de C., quien alega haberlo “comprado”, de buena fe, a V. y haber pagado el precio correspondiente, por lo que decide no entregarlo a B., que está pidiendo su restitución.

4º.- Realizadas las oportunas investigaciones, se ejerce, por parte de B., representado por abogado, *advocatus*, la acción penal de hurto, *actio furti*, a través de una especie de “acusación particular”. El acusado, en concepto de autor del delito, es el citado V. Al mismo tiempo, B. lo demanda con la acción de resarcimiento del perjuicio patrimonial causado.

Por otro lado, B. interpone acción civil reivindicatoria, *reivindicatio*, contra el comprador, C., pidiendo la restitución de la posesión del caballo.

Tras un examen preliminar, el magistrado-juez competente admite a trámite la llamada acusación particular presentada, así como la demanda de resarcimiento.

Sin embargo, no admite a trámite la demanda reivindicatoria por falta de legitimación activa, considerando que solo el propietario comodante, A., está legitimado para ello.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*²⁸¹)

Son los elementos correlativos a los hechos mencionados y a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a cada uno de ellos:

1º.- El contrato realizado entre A., propietario y poseedor del caballo, y B. se llama préstamo de uso o “comodato”, *commodatum*²⁸², siendo denominadas las dos partes que intervienen en él “comodante” (A.) y “comodatario” (B.). Este préstamo de uso o comodato tiene carácter “real” y, además, “bilateral imperfecto” y “gratuito”.

“Real”, porque no basta con el acuerdo de voluntades, para ser perfecto y eficaz, sino que requiere además la entrega de la cosa, *res*, del comodante al comodatario en concepto de mera detentación para el uso, y no de posesión defendida frente a terceros. El solo acuerdo de voluntades no sería más que un precontrato que todavía no da lugar a obligación de restituir, puesto que nada se ha entregado.

“Bilateral imperfecto”, porque produce siempre la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada. Pero eventualmente, no siempre, puede producir la obligación del comodante de reembolsar al comodatario los gastos necesarios de reparación o de conservación, si se hubieran realizado.

“Gratuito esencialmente”, porque el comodatario no está obligado a pagar ni un precio ni una renta. Si al contrato de comodato se le añadiera el pacto de pagar una renta, se transformaría en “arrendamiento de cosa”.

En cuanto a la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada, surge el problema de la eventualidad de que esta cosa sufra daños o se pierda por causa imputable a la

²⁸¹ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

²⁸² Artículo 1740 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

intencionalidad del comodatario (dolo o culpa en el sentido de negligencia), o bien por causa ajena a su intención (caso fortuito o fuerza mayor).

Según la “regla general”, el deudor responde por dolo o culpa y queda liberado y extinguida la obligación por caso fortuito y fuerza mayor²⁸³.

Más en particular, dado que el comodatario no está obligado a pagar ni un precio ni una renta, la “equidad” exige que, en compensación, asuma un alto grado de “responsabilidad por daños o pérdida de la cosa”. En efecto, va a ser responsable por dolo y por culpa o negligencia, e incluso por causas ajenas a su intencionalidad, es decir, por casos fortuitos, como el hurto o el robo. Solo quedaría exento de responsabilidad y la obligación extinguida, si la cosa se perdiera por fuerza mayor.

2º.- Ante una posible acción delictiva, socialmente reprochable, *furtum*, que atenta contra el “bien jurídico del patrimonio personal” y no el “bien jurídico de la propiedad” exclusivamente, todo sujeto supuestamente agraviado tiene, en este caso, derecho de realizar las actividades necesarias para obtener los medios que le permitan presentar las correspondientes reclamaciones procesales.

3º.- El hallazgo casual del caballo supuestamente hurtado permite al comodatario presentar la oportuna denuncia y solicitar “extrajudicialmente” al comprador y poseedor, C., la devolución del mismo, siendo acompañado de testigos y fedatario que ejerza la función de levantar acta de estas actuaciones.

4º.- La presentación de las correspondientes reclamaciones judiciales, tanto penales como civiles, impone al magistrado el deber de realizar una valoración previa de los antecedentes fácticos y fundamentos normativos aportados por B., *causae cognitio*, para llegar a un pronunciamiento de admisión a trámite, si cumplen los requisitos legales, o de inadmisión, en caso contrario.

3. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*²⁸⁴)

La solución a este caso práctico ha de darse a través de la consulta de la jurisprudencia sobre la materia aquí tratada.

Siguiendo la argumentación de GAYO (3, 205, 206), distinguimos dos hipótesis diferentes, a propósito del sujeto que, sin ser el dueño, asume la responsabilidad en los casos fortuitos de hurto o robo de la cosa objeto del contrato y que, por tanto, queda legitimado para ejercer la acción penal y de resarcimiento, “frente al ladrón”:

1ª.- El jurista alude, al caso hipotético del tintorero y del sastre que han recibido trajes y vestidos para limpiarlos o arreglarlos. Dice que responden en caso de hurto de tales

²⁸³ Artículo 1182 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

²⁸⁴ Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas.

objetos recibidos en concepto de arrendamiento de obra, porque cobran una cantidad por realizar una determinada labor.

G. 3, 205: Si a un tintorero le hurtan los vestidos que recibió para limpiar o arreglar por un precio determinado, o a un sastre los que recibió para remendar del mismo modo, se les exige a ellos que interpongan la acción de hurto²⁸⁵ ...

2ª.- Por lo que se refiere al comodatario, resulta que también tiene tanto el derecho como el deber de ejercer la acción de hurto. Se sirve de un bien gratuitamente y, para que haya equidad, debe responder de su custodia, incluso, si se produce un caso fortuito ajeno a su intencionalidad. Esto es así, sobre todo cuando ha incurrido en mora o retraso injustificado en el cumplimiento de su obligación de restituir²⁸⁶.

206: Lo dicho para el tintorero o el sastre se entiende igualmente del comodatario, pues aquellos por recibir un precio y este por obtener un beneficio con el uso prestado, todos tienen que responder de la custodia de la cosa²⁸⁷.

Por otro lado, nos dice GAYO que no hay que confundir el contrato de comodato o préstamo de uso con el “contrato de depósito”, también de carácter “real”, “bilateral imperfecto” y “gratuito”. Pero con la diferencia de que aquí el depositario, que no puede usar la cosa, se obliga a guardarla, sin percibir remuneración a cambio. Puesto que el depositante recibe un beneficio sin pagar nada a cambio, la responsabilidad del depositario ante la eventualidad de pérdida de la cosa se reduce, quedando exento en los supuestos de hurto.

207: El depositario, en cambio, no responde objetivamente de la custodia, sino que solo es responsable subjetivamente, si deteriora la cosa con mala intención por su parte, dolo malo²⁸⁸.

Finalmente, el mismo autor hace referencia al juicio “sobre la propiedad y la posesión” de la cosa hurtada “frente a cualquier tercero” que la tenga en su poder.

En cuanto a la “acción reivindicatoria”, como ya hemos visto más arriba, tan solo el propietario (contratante, comodante, depositante) está legitimado para exigir la restitución de la posesión de la cosa específica e individualizada, mediante acreditación y prueba del derecho de propiedad²⁸⁹.

²⁸⁵ Gayo 4, 205-207 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

205. Item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse.

²⁸⁶ Artículo 1774 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

²⁸⁷ *206. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*

²⁸⁸ *207. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.*

²⁸⁹ A diferencia de la acción reivindicatoria que defiende exclusivamente al propietario, las acciones de hurto, tanto la penal como la civil de resarcimiento, no se limitan a proteger a este únicamente.

G. 4, 4: El propietario de la cosa hurtada dispone también de la acción reivindicatoria, por la que pretende recuperar la posesión de la cosa específica e individualizada, que se encuentra en la posesión del mismo ladrón o de un tercero.

12.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES

12.1 Idea romana de subdivisión tripartita del ordenamiento jurídico: *ius personarum, ius rerum, ius actionum*

ANÁLISIS PLURIDIMENSIONAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA: La tricotomía abarca todo tipo de relación jurídica (interna, externa, pública, privada) en los diversos aspectos que su dinámica plantea (estructural, proposicional, argumental)



ANÁLISIS ESTRUCTURAL: El Derecho de personas contempla y regula la condición y facultades de los sujetos activo y pasivo. El Derecho de cosas contempla y regula los elementos y contenidos objetivos. El Derecho de acciones contempla y regula los medios de tutela preventivos y efectivos, declarativos y ejecutivos.



ANÁLISIS PROPOSICIONAL: Las proposiciones son los modos de expresar las ideas, tomando en consideración dos o más nociones jurídicas. Pueden ser prescriptivas, descriptivas, facultativas, etc., pero siempre compatibles, por lo que conviene evitar la antítesis ontológico-deontológico

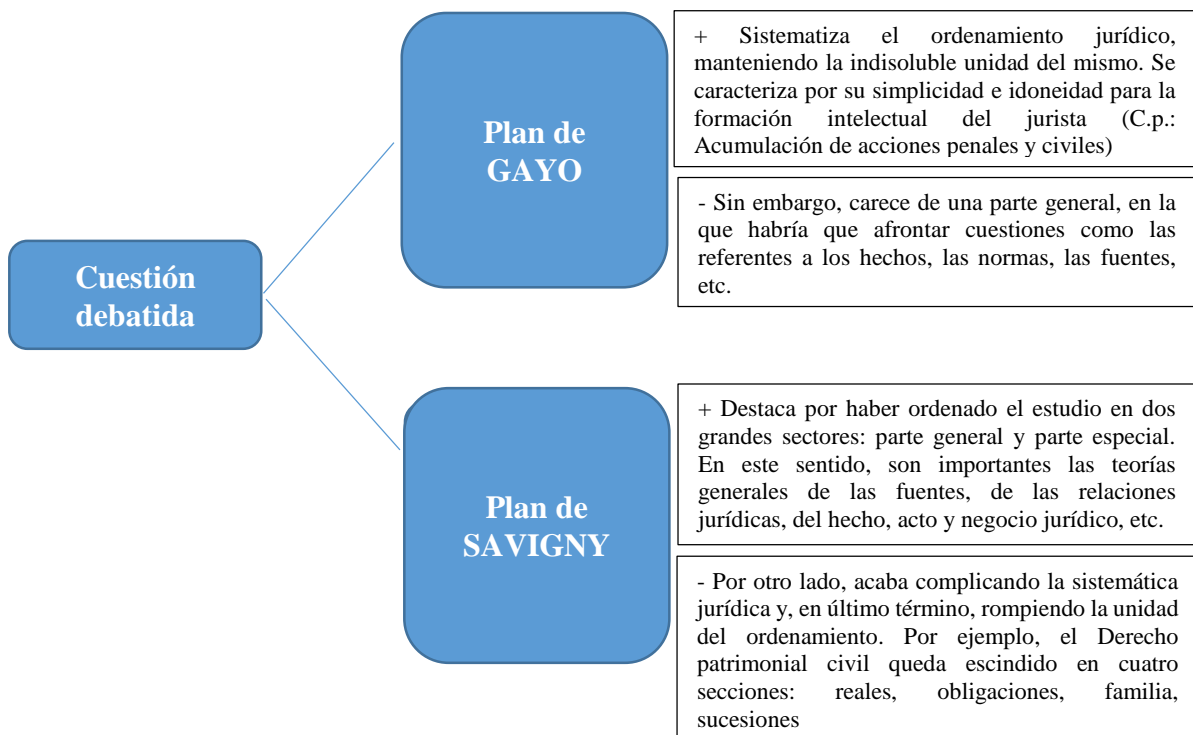


ANÁLISIS ARGUMENTAL: La argumentación es el modo de pasar de modo fehaciente de proposiciones dudosas a otras acreditadas. Si seguimos a M. T. CICERÓN y a determinados autores contemporáneos (TH. VIEWEG, CH. PERELMAN), habría que hablar más que de silogística de inferencia de decisiones



IDEA DE TRIPARTICIÓN: Desarrollo sistemático ulterior de las instituciones que permite abordar la dinámica de las relaciones jurídicas

12.2 Cuestión debatida: Plan de GAYO frente a Plan de SAVIGNY



13.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES (CONTINUACIÓN): ANTECEDENTES DE HECHO Y CONSECUENTES DE DERECHO

La Lógica formal aristotélica, basada en silogismos analíticos que trabajan únicamente con premisas verdaderas o falsas, no ha llegado a consolidarse en el campo del *ius*. Ante la necesidad de afrontar correctamente los problemas en torno a la dinámica de la relación jurídica, los autores, a partir de M. T. CICERÓN, se han centrado en el campo de la Tópica y la Retórica, disciplinas complementarias referidas a las leyes de la razón humana, que operan con premisas opinables, verosímiles, probables o meramente convincentes. No han operado con cuestiones cerradas, mediante una solución definitiva, sino frente a asuntos que están sujetos a discusión y debate desde la dualidad de posiciones subjetivas enfrentadas, tratando de llegar a una respuesta, que suponga el triunfo de una de las posiciones en litigio, o bien de una tercera vía que presente elementos procedentes, en parte, de una y, en parte, de otra.

En este sentido, la argumentación jurídica muestra dos manifestaciones fundamentales. La primera de ellas es la relativa a la acreditación de aquellos hechos jurídicos que conforman el caso práctico. Se trata de dar respuesta a la denominada *quaestio facti*. Mientras que el segundo modo de argumentación, centrado en la llamada *quaestio iuris*, viene a determinar cuál es, en concreto, el Derecho aplicable al caso que ha sido acreditado previamente²⁹⁰.

13.1 Idea tradicional de prueba de los hechos jurídicos, expresados mediante proposiciones descriptivas (*probatio, praesumptio facti*)

Ante todo, prueba es actividad cognoscitiva de la práctica jurídica, realizada tanto en vía extraprocésal preventiva como procesal, tendente a poner de manifiesto la certeza y credibilidad de las alegaciones de hecho realizadas por el sujeto. Más en particular, la prueba se circunscribe a determinados trámites procesales relativos a la aportación del material indiciario y a su valoración. Se trata de un deber o carga, *onus probandi*, que corresponde a una de las partes, sin perjuicio de la competencia del magistrado-juez. En el proceso civil y en el proceso penal acusatorio, corresponde plenamente a la parte interesada que alega y afirma un hecho, mientras que, en el proceso penal inquisitivo, el magistrado asume la función instructora.

Definimos la prueba, *probatio factorum*, como argumentación o inferencia judicial, cuyas premisas son los indicios notorios, directos o indirectos, aportados por la parte correspondiente, para llegar a la conclusión de la acreditación o no del caso concreto cuestionado²⁹¹. A partir de la recepción de la Dialéctica y la Retórica, distinguimos cuatro modalidades: A.- Reconocimiento inmediato de hechos exentos; B.- Prueba principal por

²⁹⁰ Ante todo, tenemos presente la expresión “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, máxima de origen canónico que es indicativa del principio dispositivo frente al inquisitivo. Asimismo, *iura novit curia* (principio medieval de raíz romana, que impone al juez el deber de conocer el Derecho, de asesorarse y de interpretarlo, sin poder alegar oscuridad; *De qua re iudex cognoverit pronuntiare cogendus erit*: D. 5, 1, 7, 4 pr.). Puede incluso corregir el razonamiento demostrativo de las partes. Estos aforismos establecen una dualidad de regímenes jurídicos, puesto que, por un lado, imponen a las partes litigantes, actor y reo, la carga de la prueba de los hechos alegados, *onus probandi*, y, por otro, imponen al magistrado-juez el deber de conocer el derecho y resolver cualquier caso que pueda plantearse.

²⁹¹ En Digesto 22, 3 *De probationibus et praesumptionibus*, encontramos diversos fragmentos de la jurisprudencia clásica relativos a esta materia de la acreditación de los hechos dudosos o cuestionados. A partir de ellos, podemos llegar a establecer que los “sujetos” de la prueba son, por un lado, la parte que afirma el hecho, no aquella que lo niega y, por otro, el juez encargado de valorar los medios probatorios aportados. Asimismo, “objeto” de la prueba es la alegación de certeza de determinados hechos, no notorios, ni asimilados, controvertidos.

indicios notorios directos; C.- Prueba supletoria por indicios notorios indirectos (*praesumptio facti vel hominis*) y D.- Criterios supletorios

A.- Reconocimiento inmediato de hechos exentos

Tiene por objeto los hechos que pasamos a definir a continuación:

Notorio: Es aquel que resulta evidente por sí mismo y accesible a todos de modo permanente, que no necesita prueba y no admite controversia y que, además, constituye indicio para probar el no notorio. Por ejemplo, un terremoto, el comportamiento habitual en público de una persona, la vida práctica política, económica y social, el elemento corporal de la costumbre y la posesión, etc. La notoriedad viene centrada en el ámbito de los hechos objetivos perceptibles por los sentidos, no en el de los subjetivos internos no susceptibles de tal percepción sensorial. Se asimila al notorio, en el sentido de que no admite controversia, el acta de notoriedad o documento escrito redactado de modo inmediato por fedatario público sobre datos externos y objetivos. Su medio de manifestación es la escritura pública, con arreglo al aforismo *scripta manent*. La notoriedad, pues, ha de ser entendida en sentido amplio, de modo que no solo comprende el “hecho notorio considerado en sí mismo” que todos pueden percibir, sino determinados “indicios notorios de otros hechos no notorios”.

Ficticio: Es aquel que viene reconocido por la norma, por razón de utilidad, a pesar de no ser real (Ej. Tomar la voluntad del representante como si fuera la del representado).

Presunto *iuris et de iure*: Es aquel que viene reconocido por la norma, por razón de utilidad, sin necesidad de prueba, a pesar de ser dudoso y sin admitirse prueba en contrario. **Presunto *iuris tantum*:** Es aquel que viene reconocido por la norma, también por razón de utilidad, sin necesidad de prueba, a pesar de ser dudoso, pero mientras no se pruebe el hecho contrario (Ejs. 1297 CC).

No controvertido: Es aquel hecho no notorio que en ningún momento ha sido objeto de duda, sino que ha sido admitido por ambas partes sin más como evidente, por confesión expresa o de modo tácito.

Juzgado: Es aquel hecho que ya ha sido declarado probado en sentencia firme.

B.- Prueba principal por indicios directos notorios

Tiene por objeto o *quaestio facti* los hechos que no son notorios ni asimilados a ellos, es decir, no evidentes por sí mismos. Nos centramos, pues, en el hecho controvertido, esto es, aquel que, en principio, es afirmado por una de las partes contratantes y negado por la contraria, de tal modo que la afirmación ha de ser probada, no la negación. Se basa en tópicos o criterios racionales de argumentación probable. Tal argumentación se realiza a través de unas premisas y términos medios, entre los que destacan los indicios notorios, esto es, documentos escritos en que se refleja la realización del hecho controvertido. Estos indicios notorios pueden ser públicos o privados, inmediatos, cuando el redactor ha presenciado el hecho, o mediatos, cuando dicho redactor se limita a recoger aquello que otros, las partes o los testigos, han presenciado. Se distingue también entre indicios de descripción o de transcripción, puesto que unos tratan de describir los elementos objetivos externos y otros de transcribir los elementos subjetivos internos, como la voluntad o el consenso. El acta de notoriedad es descriptiva y la escritura pública negocial suele describir y transcribir.

C.- Prueba supletoria por indicios indirectos

Es aplicable a hechos que no son susceptibles de prueba directa, como los subjetivos internos. No se basa en los tópicos de la razón de probabilidad, sino en criterios de convicción. Se admite por razones prácticas, en relación con hechos subjetivos internos que no son susceptibles de aprehensión por los sentidos. Es medio de carácter no objetivo, sino subjetivo, pues reside en la convicción del juez. *Praesumptum facti vel hominis* es, por tanto, aquel hecho de cuya existencia ha quedado convencido el juez por acumulación de indicios indirectos suficientes.

D.- Criterios subsidiarios

Supuesto el deber inexcusable de juzgar y sentenciar y dado que en la vida práctica puede producirse el caso en que falte la plenitud de la prueba o en que la prueba sea dudosa, se establecen diversos criterios subsidiarios favorables, por razones de utilidad (*in dubio pro reo, in dubio contra fiscum, in dubio pro operario, favor libertatis, favor testamenti etc.*).

13.2 Idea de interpretación²⁹² del Derecho aplicable al caso acreditado, mediante proposiciones heterogéneas. Ponderación de la equidad y aplicación (*interpretatio, demonstratio iuris*)

La *interpretatio* presenta particular interés e importancia por diversas razones. En primer lugar, porque su alcance no se limita a dar la solución singular *ad hoc* del caso práctico planteado, sino porque además establece una respuesta razonada o precedente jurisprudencial susceptible de ser aplicado a otros casos futuros asimilables. Por tanto, la conclusión de este tipo de razonamiento jurídico afecta o puede afectar tanto al campo facultativo como al prescriptivo.

En segundo lugar, la modalidad de argumentación interpretativa adoptada constituye el criterio fundamental para establecer una clasificación de los diversos ordenamientos jurídicos en el marco de referencia del Derecho comparado, agrupándolos por afinidades en determinadas “familias”. En este sentido, es tradicional, la distinción entre los ordenamientos anglosajones del *case law system*, en los que tiene rango prevalente la equidad, y los continentales del *code law system*, en los que la prioridad corresponde al método deductivo, sin perjuicio de la equidad como criterio complementario o alternativo. Así sucede en materia de arbitraje *ex bono et aequo*.

La complejidad del razonamiento y argumentación de carácter interpretativo o demostrativo reside en el hecho de que en él tienen cabida elementos heterogéneos que responden a las diversas dimensiones del fenómeno jurídico. Se afirma, con frecuencia, que en dicho razonamiento conviven y se interrelacionan los tres modos a través de los cuales lo jurídico se manifiesta, a saber, Derecho objetivo, Hecho jurídico, Derecho subjetivo.

Entendida como actividad reglada y oficial, ya desde época clásica, la interpretación o demostración del derecho aplicable y aplicado al caso singular acreditado presenta tres modalidades fundamentales: A.- Principal; B.- Supletoria; C.- Subsidiaria.

²⁹² A partir de los hechos acreditados, se plantea el problema de la determinación del Derecho aplicable, *quaestio iuris*. Se trata de una inferencia que realiza el juez, poniendo en conexión el ordenamiento jurídico y el caso, considerando las argumentaciones de las partes. Pero la interpretación no basta; es preciso ir más allá y considerar, además, la “ponderación de la equidad”, a propósito de la cuantificación de los elementos del caso, así como de la coherencia entre los precedentes y subsiguientes. En último término, es precisa la efectiva “aplicación” del Derecho, en virtud de una decisión de la voluntad que acata la disposición declarativa o que la impone de modo forzoso.

A.- La “interpretación principal” es aquella de carácter inmediato y meramente declarativo, que tiene lugar cuando el caso práctico queda subsumido de forma clara y precisa en la literalidad de la norma y ello viene avalado por las respuestas o las reglas jurisprudenciales unánimes²⁹³.

A falta de unanimidad, el intérprete debe optar, entre las diversas doctrinas admitidas, por aquella que considere mejor fundada (... *si dissentiunt iudici licet quam velit sententiam sequi*). Pero esta corresponde ya al segundo tipo de interpretación.

B.- La “interpretación supletoria” es aquella de carácter clarificador, integrador, corrector, etc., que se da en defecto de la anterior, en casos de oscuridad, ambigüedad, concurrencia de normas, falta de previsión o laguna, etc.

C.- Por último, al igual que ocurre en materia probatoria, contamos aquí con criterios interpretativos subsidiarios, supuesto el deber inexcusable del juez de pronunciarse sobre todo asunto de que tenga conocimiento (*in dubio pro reo, in dubio contra fiscum, in dubio pro operario, favor libertatis, favor testamenti etc.*).

El tópico interpretativo más antiguo habría sido el de la razón de equidad, puesto que permite resolver el caso singular por inducción (*ex bono et aequo*) y crear precedentes casuísticos que resulten útiles para otros casos posteriores (*aequitas paribus in causis paria iura desiderat*). Pero, con el paso del tiempo, las costumbres son objeto de redacción y van promulgándose las leyes escritas, al tiempo que los juristas elaboran repertorios de reglas o *libri regularum*.

A partir de entonces, junto a la equidad, puede hablarse de la interpretación literal que se desarrolla, de manera inmediata y no controvertida. En este sentido, se afirma que *in claris non fit interpretatio*. Tiene lugar cuando entre el caso práctico y el tipo preestablecido existe plena correspondencia, de modo que no se plantea duda alguna sobre su significado y alcance. Se impone entonces la necesidad de recurrir al modo más sencillo de argumentación demostrativa o interpretativa, según expresan los aforismos citados, al mismo tiempo que se prohíbe al intérprete introducir distinciones no previstas en la ley (*Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*).

A pesar de que el aforismo *in claris non fit interpretatio* parece excluir, por completo, la argumentación en este caso, lo cierto es que resulta imprescindible aquí también el recurso a un razonamiento de subsunción más o menos complicado. En efecto, en un primer momento histórico, se aplica un criterio estrictamente literal o formal, pero, a partir de la Causa Curiana, el método se hace más complejo, de modo que abarca conjuntamente tanto la letra como el espíritu de la norma. Esto supuesto, puede afirmarse que, en caso de coincidencia entre la letra y el espíritu de la norma, la solución resulta inmediata. Pero si existiera discrepancia, estaríamos ante otro tipo de argumentación, la supletoria. Entonces tendría lugar el enfrentamiento de las dos orientaciones clásicas; la que da preferencia a las palabras, *verba*, o la que otorga prevalencia a la *voluntas*. Aunque con el tiempo llegará a prevalecer esta segunda opción (D. 33, 10, 7, 2: *Prior atque potentior quam vox est mens dicentis*), he aquí un texto del Digesto en que la opinión dominante parece inclinarse por el criterio formalista externo (D. 32, 25, 1: *Cum verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*).

En conclusión, prueba e interpretación son dos actividades propias de la competencia del juez que el legislador no puede asumir de modo pleno y definitivo.

²⁹³ G. 1, 7: ... *si in unum sententiae concurrunt id quod ita sentiunt legis vicem optinet*.

13.3 CASO PRÁCTICO: ACCIÓN REIVINDICATORIA

Se trata aquí de un rescripto del año 226 d. C., procedente de la Cancillería del emperador Alejandro. Va dirigido a Dominia, quien alega ser propietaria de un determinado inmueble rústico y haber perdido la posesión del mismo, puesto que su madre y su marido lo habían vendido, sin su consentimiento, a un comprador al que, además, habían transferido la pacífica posesión del bien citado:

Ni tu madre ni tu marido han podido vender y transmitir legalmente, contra tu voluntad, o ignorándolo tú, un fundo de tu propiedad. Por tanto, aunque no hayas ofrecido al comprador el precio que ellos han obtenido, podrás reivindicar este inmueble frente a cualquiera que lo posea. En cambio, si después consentiste en dicha venta, ratificándola, no tienes ciertamente acción alguna contra el citado comprador
...²⁹⁴

La “propiedad” y la “posesión” no siempre corresponden a un mismo titular, ya que puede producirse la escisión de ambas posiciones jurídicas, lo que nos lleva a distinguir claramente estas dos nociones.

*La razón por la que el pretor ha decidido proteger al poseedor con el interdicto de retener es que la posesión debe estar separada de la propiedad. Porque puede suceder que uno sea poseedor y no sea dueño; o que otro sea ciertamente dueño y no sea poseedor; o puede suceder que el mismo poseedor sea también dueño*²⁹⁵.

Por un lado, la “propiedad”²⁹⁶, *proprietas*, es el derecho real sobre una cosa, *res*, mueble o inmueble, que otorga al dueño o propietario las más amplias facultades de uso, de percepción de frutos y de disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y que impone a todos los demás sujetos el deber de respetarlas.

Por otro lado, la “posesión”²⁹⁷, *possessio*, es la tenencia pacífica y pública de una cosa, *res*, mueble o inmueble, que confiere al poseedor la facultad de mantener tal situación, imponiendo a todos el deber de respetarla, mientras dicho poseedor no sea vencido en juicio por el propietario, en caso de reivindicación. En efecto, el propietario de una cosa que ha perdido la posesión de la misma no puede tomarse la justicia por su mano y recuperarla por su propia iniciativa, sino que ha de reclamar en un proceso civil, sin perjuicio de las acciones penales por robo, hurto, etc.

Estamos, pues, ante el “principio general de prohibición de la auto-tutela de los particulares”, salvo en circunstancias excepcionales como ocurre en la legítima

²⁹⁴ Código de Justiniano 3, 32, 3 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti adversus emptorem quidem nullam habes actionem ...

²⁹⁵ ULPIANO Digesto 43, 17, 1, 2 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

²⁹⁶ Art. 348 CC

²⁹⁷ Art. 430 CC

defensa. Fuera de este supuesto, podemos incurrir en el delito de realización arbitraria del propio derecho²⁹⁸.

Al mismo tiempo, el poseedor puede recurrir a la “tutela sumaria”²⁹⁹ de los interdictos posesorios de retener o de recuperar, según los casos, frente a cualquier tercero que le perturbe o inquiete, o le prive de la posesión por propia iniciativa, incluido el dueño o propietario. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera derivarse de tal acción ilícita.

Entre las clases de posesión, destaca la llamada *possessio ad usucapionem*, esto es, la posesión apta para que el poseedor adquiera la propiedad mediante la usucapión o prescripción adquisitiva. Esta usucapión es un modo de adquirir la propiedad por medio de la “posesión continuada” durante el tiempo y con los requisitos establecidos legalmente. La prescripción adquisitiva produce un doble efecto: adquisitivo de la propiedad por parte del poseedor y pérdida de la propiedad del titular anterior. La mera prescripción extintiva supone la extinción de la reivindicatoria por transcurso del tiempo legalmente establecido.

En cuanto a los requisitos, la ley prohíbe, ante todo, que el ladrón poseedor pueda usucapir la cosa hurtada o robada. Lo mismo puede decirse, en relación con quien ocupa ilegalmente un inmueble. Además, la ley exige un periodo de tiempo de posesión que varía según las circunstancias³⁰⁰. Es también preciso un justo título, es decir, un negocio jurídico que, en principio, sea apto para transmitir la propiedad, por ejemplo, el contrato de compraventa. No lo sería el contrato de arrendamiento de cosa. Y también se exige la “buena fe”, es decir, que el poseedor no sea consciente del vicio o defecto del negocio y del consiguiente perjuicio que se causa a un tercero.

ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*³⁰¹)

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- “Contrato de compraventa”, *emptio-venditio*, que tiene por objeto un determinado terreno, a cambio del precio de 1000. Actúan como vendedores A. y B., madre y marido, respectivamente, de Dominia, propietaria de los bienes citados, siendo C. la compradora. En el momento del acuerdo de voluntades, A. y B. afirman que intervienen en este negocio con la debida autorización de la dueña.

²⁹⁸ Art. 455 CP.

²⁹⁹ Es decir, sin necesidad de entrar a juzgar quién sea el titular de la propiedad.

³⁰⁰ El tiempo de posesión requerido para la usucapión de los bienes muebles es, en principio, de un año. Sin embargo, una reforma introducida en época de Justiniano lo eleva a tres años, periodo que se mantiene en la actualidad.

Art. 1955 CC

³⁰¹ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

2°.- Transcurridas dos semanas desde el día del contrato o acuerdo de voluntades, tiene lugar, por parte de A. y B., la “tradición”, *traditio*, o entrega material a C., en posesión pacífica, del terreno, así como la correlativa entrega y recepción del precio.

3°.- A su regreso a Roma, tras una larga estancia de once meses en Atenas, Dominia consulta a su abogado sobre las medidas a adoptar, poniendo en su conocimiento que la compraventa y la tradición posterior se llevaron a cabo sin su consentimiento. Le expone, asimismo, su deseo de proceder por la vía civil y de excluir la penal, aunque hubiese posibilidades para ello.

4°.- Por medio de representación procesal, Dominia. interpone “acción civil reivindicatoria”. Es la parte demandante que reclama a la demandada C., en cuanto poseedora del terreno, la restitución del mismo.

En primer lugar, para hacer “prueba plena de su derecho de propiedad”, acredita que adquirió este bien por herencia testamentaria paterna y lo mantuvo en su posesión, durante un periodo superior al exigido para la usucapión o prescripción adquisitiva. Finalmente, tuvo lugar la compraventa y tradición citadas. Aporta documentación y testimonios suficientes de todo ello.

La demanda presentada en estas condiciones es admitida a trámite por el magistrado-juez competente en los asuntos civiles.

5°.- Acto seguido, tiene lugar la presentación del correspondiente escrito de contestación. Reconoce expresamente la demandada que, en el momento del contrato, los vendedores no tenían autorización de la dueña, pero alega en su defensa que esta última tuvo noticia de la venta casi inmediatamente después de realizarse y que no denunció el hecho en su momento ni rechazó el precio. Así pues, entiende que tácitamente vino a ratificarla, *ratihabitio*.

6°.- “Escrito de réplica” de la parte demandante, en el que reconoce que tuvo conocimiento de la venta poco tiempo después de haberse realizado, alegando que, por motivo de ausencia justificada, no fue posible entonces presentar la impugnación correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*³⁰²)

Son los elementos correlativos a los hechos mencionados, con arreglo a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a cada uno de ellos:

1°.- La realización de esta compraventa es acto constitutivo de una relación jurídica consensual, bilateral perfecta y onerosa.

“Consensual”, porque se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades entre las partes compradora y la vendedora, con arreglo al principio de libertad de forma. En un primer momento histórico, la ley no impone la escritura pública para los inmuebles.

³⁰² Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

“Bilateral perfecta”, porque produce derechos de crédito y obligaciones correlativas entre comprador y vendedor, y de modo recíproco. En efecto, el comprador queda obligado a pagar el precio, en dinero o signo que lo represente, al vendedor. Este pago puede hacerse de modo inmediato, o de forma diferida en uno o varios plazos.

Del mismo modo, el vendedor queda obligado a hacer entrega de la cosa, tradición, y a garantizar que dicha cosa está libre de vicios ocultos y de cualquier eventual reivindicación por parte de un tercero, alegando su condición de dueño. Esta garantía da lugar, en su caso, a la responsabilidad por “vicios ocultos” y por “evicción”.

“Onerosa” y no gratuita, porque a la prestación de una de las partes corresponde la contraprestación de la otra, de modo que cada uno de los sujetos trata de obtener una compensación consistente en dinero o susceptible de estimación pecuniaria.

Lo más importante es constatar que la compraventa o acuerdo de voluntades produce “obligaciones entre las partes”, pero no transmite el derecho real de propiedad del vendedor al comprador, mientras no tenga lugar la entrega o tradición³⁰³. Por tanto, esta compraventa es “válida”, en principio, aunque los vendedores, A. y B., no sean dueños. En efecto, nada se opone a que un sujeto se obligue a entregar una cosa que puede adquirir o fabricar en el futuro, *emptio rei speratae*.

2°.- En cambio, la *traditio* o entrega material del terreno, que tiene lugar a continuación, no es, en principio, un acto válido de transmisión del “derecho real de propiedad”, por la falta de legitimación de los transmitentes, A. y B.

Sin embargo, en relación con la transmisión de la “pacífica posesión”, sí es un acto válido y traslativo de la misma, siendo la compraventa y el pago del precio la justa causa. Sin embargo, puede haber “ratificación” posterior.

Por otro lado, transcurrido el plazo legal, y si se cumplen determinados requisitos legales, entre los que se encuentra el justo título y la buena fe, tal posesión es apta para transformarse en propiedad, por la “usucapión”, siempre que el dueño no la reivindique antes de que se cumpla el plazo establecido.

3°.- El transcurso del tiempo es una circunstancia de importancia capital, tanto en Derecho penal como en Derecho civil.

En determinados supuestos, el transcurso del plazo viene a subsanar determinadas deficiencias iniciales, convalidando adquisiciones que, en principio, son susceptibles de impugnación (prescripción adquisitiva o usucapión³⁰⁴).

³⁰³ Art. 609 CC.

³⁰⁴ La complejidad de la usucapión nos lleva a enumerar sus tres funciones básicas, subsanar, garantizar y probar:

Primera: En favor del poseedor no propietario, subsana defectos como la falta de legitimación del transmitente, facilitando la adquisición de la propiedad.

Segunda: En favor del propietario poseedor, garantiza la no evicción, es decir, que no vendrá un tercero a reivindicar la cosa alegando que es verdadero propietario

Tercera: En favor del propietario no poseedor, permite la prueba plena de la propiedad en juicio reivindicatorio.

4°.- La presentación de la correspondiente reclamación civil, por parte de Dominia, impone al magistrado el deber de realizar una valoración previa de los antecedentes fácticos y fundamentos normativos aportados, para llegar a un pronunciamiento de admisión a trámite, si la reclamación cumple los requisitos legales, o de inadmisión, en caso contrario.

5°.- La presentación del escrito de contestación a la demanda civil, por parte de C., impone igualmente al magistrado el deber de realizar una valoración previa de los antecedentes fácticos y fundamentos normativos aportados, para llegar a un pronunciamiento de admisión a trámite, si la reclamación cumple los requisitos legales, o de inadmisión, en caso contrario.

6°.- Frente al escrito de contestación de la demandada, la demandante, a su vez, puede presentar contra-alegaciones a través del escrito de réplica, *replicatio*. Del mismo modo, frente a la réplica, cabe escrito de dúplica, *duplicatio*, de la demandada.

RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*³⁰⁵)

La solución a este caso práctico, mediante la oportuna sentencia judicial, ha de estar basada en la consulta de la jurisprudencia sobre la materia de que aquí se trata. Los precedentes que nos ofrecen los juristas GAYO, ULPIANO y OTROS nos llevan a considerar dos aspectos fundamentales: el concepto de ratificación y la admisión de la voluntad tácita cuando se trata de contratos consensuales.

1°.- La ratificación, *ratihabitio*, es aquel acto jurídico en virtud del cual un negocio realizado por quien no tiene autorización o no tiene poder de representación bastante del interesado viene confirmado por este último³⁰⁶. En el Digesto, se enuncia la regla general que asimila la ratificación *a posteriori* a un contrato previo de mandato o de otorgamiento de poderes, *ratihabitio mandato comparatur*, D. 46, 3, 12, 4 (ULPIANO).

2°.- Los cuatro contratos consensuales reconocidos por la jurisprudencia clásica, ya en tiempos de GAYO, a partir de las acciones de buena fe del Edicto del pretor son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y mandato.

³⁰⁵ Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas al respecto.

³⁰⁶ Art. 1259 CC

La jurisprudencia del TS considera que estamos ante un principio general del derecho, cuya formulación latina sería *ratihabitio retrotrahitur et mandato comparatur*, es decir, la ratificación se retrotrae al momento del negocio precedente y es equiparable a un contrato de mandato representativo o de apoderamiento. Esta misma jurisprudencia interpreta que la sanción prevista en el art. 1259 CC para el negocio que adolece de falta de representación no puede ser la nulidad radical, *puesto que jamás la nulidad radical puede subsanarse, nunquam potest ex post convalescere*.

Asimismo, el Tribunal Supremo afirma que *al ser la ratificación una simple manifestación de voluntad, puede realizarse de forma expresa o tácita y que la manifestación más elemental de esta última es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato. Por ejemplo, la recepción del precio* (Sentencia de 26 de octubre de 1999).

13.4 CASO PRÁCTICO: “ACCIÓN HIPOTECARIA” Y “RECONVENCIÓN DE NULIDAD DE COMPRAVENTA POR DOLO”

El Código de Justiniano contiene un conjunto de rescriptos bajo el epígrafe dedicado a la prenda y la hipoteca. Uno de ellos procede de la Cancillería de los emperadores Diocleciano³⁰⁷ y Maximiano y va dirigido a Basilida, en contestación a una consulta sobre esta materia que ella había realizado:

Es muy cierto que ni vendiendo, ni donando, ni legando en testamento, ni dejando una cosa por fideicomiso, puede el deudor empeorar la condición del acreedor, privándole de su garantía real, pignoraticia o hipotecaria. Por lo cual, si tú, acreedora, confías en poder probar ante el juez que la cosa está gravada en tu favor, puedes y debes perseguirla, incluso frente al tercero comprador, donatario, legatario o fideicomisario³⁰⁸.

Los términos “prenda”, *pignus*, e “hipoteca”, *hypotheca*, designan dos contratos accesorios de garantía de una obligación principal previa “dineraria”. Designan, además, los dos derechos reales sobre cosa ajena que nacen de estos contratos³⁰⁹. Por tanto, concurren, en una misma cosa específica, “mueble o inmueble”, el titular del derecho real de propiedad, generalmente deudor de la obligación principal, y el titular del derecho real de garantía, acreedor principal.

En el “contrato de prenda”, *pignus datum*, el deudor pignoraticio entrega al acreedor pignoraticio la “posesión” de la cosa gravada, por ejemplo, oro o joyas, obligándose este último a restituirlas, en el momento en que el primero cumpla la obligación dineraria garantizada. En el “contrato de hipoteca”, *pignus conventum*, *hypotheca*, el deudor hipotecario sigue poseyendo la cosa gravada, por ejemplo, un inmueble, obligándose el acreedor hipotecario a otorgar carta de pago, en el momento en que el primero cumpla la obligación dineraria garantizada.

Los “derechos reales”, tanto de prenda como de hipoteca, nacen de esos contratos o acuerdos de voluntades entre el acreedor y el deudor de una relación obligatoria

³⁰⁷ La reforma de Diocleciano, de finales del siglo III d. C., somete a impuesto territorial los fundos itálicos, aboliendo así la última diferencia entre ellos y los fundos provinciales. Se generaliza la institución del “censo territorial”, una especie de catastro en que se inscribe todo lo referente a la propiedad de los inmuebles y sus cargas y gravámenes fiscales, así como a las hipotecas de derecho privado.

E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991, pp. 379 y ss.

³⁰⁸ Código de Justiniano 8, 14(13), 15 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

³⁰⁹ El Código civil los regula en el libro dedicado a los contratos y las obligaciones, pero eso no significa que no sigan siendo, hoy, derechos reales de garantía que gravan la propiedad.

Artículo 1857 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

- 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
- 2.º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.
- 3.º Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.

preexistente. Consisten en una garantía añadida, en favor del acreedor, ante la eventualidad de incumplimiento del deudor.

En caso de impago de la deuda dineraria, el acreedor, ya sea pignoraticio ya sea hipotecario, tiene la facultad de proceder al embargo de la cosa empeñada o hipotecada, incluso frente a cualquier tercero que la haya adquirido y la tenga en su poder, *erga omnes*, y solicitar la venta en pública subasta singularizada y privilegiada, esto es, sin entrar en concurso con otros acreedores³¹⁰.

En caso de pago o cumplimiento, se extingue la obligación dineraria garantizada, junto con el derecho real accesorio de garantía. Puede decirse que los derechos reales de prenda e hipoteca otorgan un privilegio en la ejecución patrimonial.

ANTECEDENTES DE HECHO (*Quaestio facti*³¹¹)

Siguiendo el orden cronológico, el relato fáctico consta de los elementos que se indican a continuación:

1º.- “Contrato de préstamo” entre cónyuges, formalizado por medio de escritura ante notario, *tabellio*, dotada de fe pública notarial, siendo prestamista la esposa Basilida y prestatario el marido, M., por una cantidad pecuniaria de 1000, que procede de sus bienes parafernales.

2º.- De modo complementario o accesorio con respecto al contrato de préstamo principal, se realiza un “contrato de hipoteca” entre dichos cónyuges. Se formaliza por medio de escritura ante notario, *tabellio*, y se inscribe en el censo territorial, por lo que está dotada de fe pública notarial, siendo acreedora hipotecaria la esposa B. y deudor hipotecario el marido, M., y quedando hipotecado determinado inmueble de propiedad de este último.

3º.- Más tarde, tiene lugar otro negocio jurídico: “Contrato de compraventa”, *emptio-venditio*, del inmueble hipotecado, formalizado por medio de escritura ante notario, *tabellio*, dotada de fe pública notarial, entre M., vendedor, y C, comprador. Poco después, M. entrega, mediante *traditio*, el inmueble hipotecado y C. paga 2000 en concepto de precio, de acuerdo con lo fijado por tasación pericial.

4º.- Fallecimiento de M., por causas naturales, habiéndose dejado constancia escrita de ello a los efectos de la oportuna inscripción en el censo civil³¹².

5º.- Declaración de existencia de testamento de M., realizada por parte de su hermano, H., con quien compartía un negocio comercial. Declaración formal, ante el magistrado

³¹⁰ Art. 1858 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.

³¹¹ Este primer apartado del caso práctico se refiere al problema de la alegación y prueba de los hechos.

³¹² El censo es un sistema de actas del estado civil que, a través del registro de nacimientos y fallecimientos, permite la acreditación de tales hechos biológicos. E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Ob. cit., p. 77.

encargado de la recaudación del impuesto de sucesiones, *vicesima hereditatis*, quedando constancia fehaciente de ello.

La apertura de dicho testamento revela que H. ha sido instituido heredero universal, no habiendo legitimarios descendientes ni ascendientes³¹³.

6º.- Aceptación, *aditio*, pura y simple de la herencia testamentaria, por parte de H. Acto formal, realizado ante notario, *tabellio*, dotado de fe pública notarial.

7º.- Tras la restitución de la dote a la viuda B., y una vez realizado el pago del impuesto de sucesiones y de otras deudas vencidas, H. comprueba que no hay dinero suficiente para pagarle a ella la deuda vencida de 1000. Dado que la situación patrimonial de este heredero es de falta de liquidez, se declara en suspensión de pagos y pide la apertura del concurso de acreedores, *venditio bonorum*.

8º.- En estas condiciones, el abogado de la viuda del testador ejerce la acción hipotecaria real, *in rem et erga omnes*, frente al comprador del inmueble hipotecado C. (o frente a cualquiera que pueda tenerlo en su poder) por una deuda pendiente de 1000. Así se hace, con el fin de proceder al embargo y venta en pública subasta. Acto seguido, es admitida a trámite.

9º.- A su vez, el abogado del comprador demandado C. presenta “demanda reconvenicional” contra B., viuda del vendedor M., y contra el administrador del patrimonio concursal del heredero de M., alegando la falta de validez de la compraventa por engaño y fraude y pidiendo las restituciones recíprocas del precio pagado, 2000, y del inmueble gravado. La reconvenición es admitida a trámite.

El “reconviniente” admite que fue advertido del gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble, por parte de M., pero añade que este le dijo, faltando al deber de veracidad de la palabra dada, que la deuda de 1000 estaba prácticamente saldada. Afirma que ambos cónyuges actuaban, de hecho, con plena unidad de criterio, disponiendo de manera conjunta de todos sus bienes, tanto privativos como dotales. Aporta como prueba indicios testificales y contables diversos.

10º.- “Escrito de contestación a la demanda reconvenicional” de la demandante hipotecaria, en virtud del cual niega terminantemente que ella tuviera participación alguna en la compraventa del inmueble hipotecado y considera inverosímil que M. faltara al deber de veracidad de la palabra dada.

El administrador del patrimonio concursal del heredero de M., *curator bonorum*, niega en la forma debida los hechos alegados por el reconviniente, oponiéndose a la restitución del precio de 2000 que el propio M. recibió en su momento.

Todo lo cual viene admitido a trámite por la oportuna resolución del magistrado-juez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (*Quaestio iuris*³¹⁴)

³¹³ En esta época, no está prevista la legítima del cónyuge sobreviviente.

³¹⁴ Este segundo apartado del caso práctico se refiere al problema de la determinación e interpretación del derecho aplicable en relación con los hechos acreditados y probados.

Son los elementos correlativos a los hechos mencionados y a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico con respecto a cada uno de ellos:

1º.- El contrato realizado entre los cónyuges³¹⁵ se llama “préstamo de consumo” o “mutuo”, *mutuum*³¹⁶, siendo denominadas las partes que intervienen en él “mutuante” y “mutuario”, o bien prestamista y prestatario. Este préstamo tiene carácter “real”, así como “unilateral” y “gratuito”.

“Real”, porque no basta con el solo acuerdo de voluntades, para que el préstamo sea perfecto y eficaz, sino que se requiere además la entrega de la cosa, *res*, o sea, del dinero en propiedad, por parte del mutuante al mutuario, es decir, de la prestamista B. al prestatario M.

El solo acuerdo de voluntades no sería más que un precontrato que todavía no puede dar lugar a la obligación de restituir, puesto que nada se ha entregado aún.

“Unilateral”, porque produce únicamente la obligación del prestatario de restituir la cantidad prestada.

“Gratuito”, porque dicho prestatario o mutuario no está obligado a pagar intereses a B., salvo pacto en contrario entre ellos.

2º.- El “contrato de hipoteca” produce la obligación de la acreedora hipotecaria de otorgar carta de pago, en el momento en que se pague la deuda. Si esta no fuera pagada, en el plazo acordado, dicha acreedora tendría derecho de embargo del inmueble frente a cualquiera que lo tuviera en su poder, sin entrar en concurso con otros posibles acreedores.

3º.- El “contrato de compraventa” presenta carácter bilateral perfecto, porque tanto el comprador, C., como el vendedor, M., quedan obligados. El primero, a pagar el precio y el segundo a entregar la cosa. La entrega o tradición del inmueble transmite la propiedad al comprador-receptor, pero no extingue el derecho real de hipoteca de la prestamista B., mientras la deuda no quede extinguida. El pago del precio es el acto traslativo de la titularidad de la cantidad de dinero.

4º.- El “fallecimiento” de M. genera el efecto inmediato de extinguir sus derechos y deberes personalísimos e intransferibles, como serían, por ejemplo, los del matrimonio y del régimen económico matrimonial.

³¹⁵ La contratación entre cónyuges, en determinados ordenamientos, es objeto de limitaciones y restricciones legales; en otros, se admite con carácter general.

Art. 1323 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

³¹⁶ Artículo 1740 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Los derechos y obligaciones no personalísimos, como la propiedad o la deuda hipotecaria, quedan englobados en la herencia yacente, *hereditas iacens*, a la espera de ser adquiridos por el sucesor o sucesores *mortis causa*.

5º.- La “apertura del testamento”, en el que figura la designación de H. como heredero universal, lleva consigo el ofrecimiento a él de la herencia, *delatio*, esto es, adquiere la facultad de aceptarla o repudiarla.

6º.- La “aceptación de la herencia”, de forma pura y simple, por parte de H., produce el efecto de la adquisición de los derechos y las obligaciones que no se extinguen con la muerte de M.

7º.- El “concurso de acreedores” es un procedimiento de ejecución patrimonial. Presenta carácter “concurso”, porque se llama a todos los acreedores no privilegiados del acreedor, y “universal”, porque tiene por objeto el embargo y venta en pública subasta de todo el activo patrimonial del deudor, *venditio bonorum*, excepto los bienes pignorados o hipotecados que son objeto de ejecución singularizada.

8º.- La presentación de la demanda hipotecaria, de B. contra C, por una deuda pendiente de 1000, admitida a trámite por el magistrado-juez de lo civil, es acto de incoación del proceso, que da lugar a una serie de derechos y obligaciones entre las partes litigantes y que habilita al magistrado-juez para ejercer sus competencias. El fundamento jurídico de esta demanda es la alegación fáctica de realización del contrato de hipoteca, basada en la escritura notarial como medio de prueba.

9º.- La admisión a trámite de la demanda reconvenzional de nulidad contractual de C. contra B., y contra el administrador concursal, permite al demandante, por medio de su representación procesal, ejercer su oposición conforme a derecho.

Tiene lugar aquí la acumulación de dos procesos; por un lado, el juicio hipotecario de B. contra C. y, por otro, el de impugnación contractual de C. contra B. y el administrador, *curator bonorum*.

10º.- La admisión a trámite del escrito de contestación a la demanda reconvenzional permite a los demandados, por medio de su representación procesal, formular su oposición conforme a derecho, frente a una posible reclamación infundada de la parte contraria³¹⁷.

RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA (*Responsa prudentium*³¹⁸)

La solución a este caso práctico, mediante la oportuna sentencia judicial, ha de estar basada en la consulta de la jurisprudencia sobre la materia de que aquí se trata. Los precedentes que nos ofrecen los juristas, ULPiano y otros, nos llevan a distinguir varios aspectos:

1º.- Los autores clásicos ya conocen la garantía de la obligación dineraria, mediante el contrato y el derecho real de prenda o hipoteca. Distinguen, pues, la prenda real con

³¹⁷ F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1995, p. 587.

³¹⁸ Este tercer apartado del caso práctico se refiere a la consulta de las obras de los juristas que contienen casos precedentes y reglas al respecto.

entrega de la posesión, *pignus datum*, de la prenda convencional sin entrega de la misma, *pignus conventum*.

2°.- El término de origen griego y latinizado *hypotheca* estaría relacionado con la práctica habitual en las provincias helenísticas. En efecto, en Derecho provincial, los bienes inmuebles están gravados con hipoteca legal en favor del Fisco, en garantía de la deuda tributaria. Además, se admite la posibilidad de que sobre ellos se constituyan varias hipotecas sucesivas, en favor de instituciones o particulares, dando preferencia a la más antigua sobre las posteriores.

3°.- El reconocimiento legal de la prioridad temporal se remonta a la última fase de la época clásica: *C. 8, 17(18), 4, Imp. Antoninus A. Varo: Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es iure* (Si aceptaste un fundo rústico en prenda convencional o hipoteca, antes de quedar gravado en favor de la institución pública, puesto que eres anterior en el tiempo, tienes preferencia en derecho).

A diferencia de la prenda, que al requerir la posesión sólo puede constituirse en favor de una sola persona, la hipoteca puede constituirse sucesivamente en favor de varios acreedores. Esta concurrencia de varias hipotecas se rige por el principio de la prioridad temporal. Las hipotecas se ordenan según la fecha de su constitución y, una vez realizada la venta de la cosa hipotecada, cobra el primer acreedor; con lo que queda el segundo, y así sucesivamente hasta agotar el precio obtenido: *prior tempore, potior iure* (el primero en el tiempo es preferido en derecho).

4°.- En este sentido, como alternativa al procedimiento ordinario, concursal y paritario, de la ejecución del patrimonio del deudor, *par condicio creditorum*, se admite la prioridad temporal en la ejecución privilegiada favorable al acreedor hipotecario.

5°.- Así pues, los juristas admiten que un determinado bien inmueble, rústico o urbano, se encuentre en propiedad y posesión del deudor de una suma de dinero y, al mismo tiempo, gravado con la facultad del acreedor, en caso de insolvencia de dicho propietario, de pedir su embargo al pretor, frente al mismo deudor o a cualquier tercero que lo tenga en su poder, *actio hypothecaria in rem*.

6°.- El rescripto anteriormente citado, dirigido a Basilida, viene a corroborar que toda transmisión a un tercero de la propiedad y posesión del bien hipotecado, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, no perjudica a la acreedora, ya que conserva intacto su derecho de pedir el embargo y la consiguiente tramitación del juicio ejecutivo, frente al nuevo titular.

7°.- En la vida práctica, puede suceder que el nuevo titular sea un comprador que impugne el contrato de compraventa, alegando engaño y fraude por parte del vendedor, en este caso del marido, al no haberle proporcionado información veraz sobre la deuda pendiente.

Se trata del ejercicio de la acción de dolo, *actio de dolo malo*, o bien de la restitución íntegra por dolo, *restitutio in integrum ob dolum*, dirigidas a obtener el resarcimiento del daño causado. Para ello, el actor o demandante que alegue el dolo ha de probarlo.

8°.- Los textos romanos ofrecen una amplia casuística, en relación con la actividad jurisdiccional del pretor, en materia de vicios de la voluntad. Ello nos permite apreciar diversas situaciones prácticas, a propósito de las circunstancias que impiden que las

decisiones de los sujetos que intervienen en el negocio jurídico sean plenamente conscientes y libres. Tradicionalmente, los vicios de la voluntad se dividen en varias categorías: “simulación”, “reserva mental”, “error”, “dolo”, “intimidación” y “coacción violenta”³¹⁹.

9º.- Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que pudiera haber lugar, la responsabilidad civil se centra en la declaración de invalidez del negocio impugnado y en el reparación de los perjuicios causados, restituyéndose las cosas al momento anterior al negocio viciado³²⁰.

10º.- Más en particular, el dolo, según la definición del jurista LABEÓN, es toda actividad deliberada de una de las partes del negocio jurídico, encaminada a inducir a error o a mantener en él a la otra parte, alterando de manera fraudulenta, los elementos verdaderos del caso y poniendo de manifiesto otros que no lo son³²¹.

11º.- Por lo que se refiere a la difícil prueba del dolo, hemos de reiterar que corre a cargo del comprador que lo alega y que este no puede limitarse a esgrimir meras suposiciones, sino que ha de basarse en elementos objetivos externos, *ex insidiis perspicuis*³²².

³¹⁹ Artículo 1265 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

³²⁰ Artículo 1303 CC <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

³²¹ ULPIANO, SERVIUS Y LABEÓN Digesto 4, 3, 1, 2 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>
Dolum malum SERVIUS quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. LABEO autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. LABEONIS definitio vera est.

“SERVIUS definió así el dolo malo: cierta maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa y se hace otra. Pero LABEÓN dice que también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe a alguien y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa y simularse otra, como hacen los que con disimulo de esta naturaleza cuidan y defienden o sus propios intereses o los ajenos. Y por esto lo definió él así: dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro. La definición de LABEÓN es verdadera”.

E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Ob. cit., pp. 191 y ss.

³²² Así lo establece un breve rescripto que figura en Código 4, 21(20): *Dolum ex insidiis perspicuis probari convenit*. Es conveniente que el dolo sea probado mediante indicios externos accesibles a los sentidos.

13.- DERECHO DE PERSONAS, COSAS Y ACCIONES (CONTINUACIÓN): ANTECEDENTES DE HECHO Y CONSECUENTES DE DERECHO

13.1 Idea tradicional de prueba de los hechos jurídicos, expresados mediante proposiciones descriptivas (*probatio, praesumptio facti*)

SUJETOS: Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirma (actor, reo), no a la que niega. Corresponde al juez dar la respuesta a la *quaestio facti*



OBJETO: La *quaestio facti*, referida a un hecho controvertido, afirmado por una parte y negado por la contraria. No los hechos notorios, ni los asimilados (por presunción legal, por ficción legal, por no controvertidos)



MEDIOS: Indicios notorios reflejados en documento público. Pueden ser directos (referidos al hecho externo; declaración de voluntad) o indirectos (referidos al hecho interno; voluntad interna). Ambos se subdividen en relativos (han de cotejarse con otros; declaración testifical) o absolutos (no han de serlo; escritura notarial)



MODALIDADES: Plena o directa, en términos de verosimilitud o probabilidad (hechos externos). Indirecta o menos plena, en términos de mera convicción o presunción judicial (hechos externos)



IDEA DE PRUEBA: Acreditación fehaciente de un hecho dudoso, en términos de probabilidad (*probatio*) o, en su defecto, de mera convicción (*praesumptio facti*) o presunción judicial, que no ha confundirse con la presunción legal, pues exime de prueba a quien alega y carga con la prueba del hecho contrario a la otra parte

13.2 Idea de interpretación del Derecho aplicable al caso acreditado, mediante proposiciones heterogéneas. Ponderación de la equidad y aplicación (*interpretatio, demonstratio iuris*)

SUJETOS: En principio, las partes no han de probar el derecho alegado. Corresponde al juez dar la respuesta a la *quaestio iuris*, pero ateniéndose estrictamente a las alegaciones y pretensiones de dichas partes litigantes



OBJETO: La *quaestio iuris*, tratando de identificar los preceptos aplicables, así como de establecer la conexión entre dichos preceptos generales y el caso singular, único e irrepetible



MEDIOS Y MODALIDADES: Concatenación de argumentaciones heterogéneas, a partir del relato fáctico y de los preceptos correspondientes aplicables al caso, junto con las reglas y precedentes jurisprudenciales. Pueden ser directas, cuando se recurre al precepto literal y a los precedentes reiterados y uniformes. O indirectas: integradora analógica; concursal (concurso de leyes, concurso de delitos), finalista o teleológica, atendiendo al espíritu de la norma, etc.



INSUFICIENCIAS: Es preciso ir más allá de la respuesta razonada y acudir a la equidad: cuantificadora; armonizadora con respecto a los precedentes; e incluso correctora del rigor de la norma en el caso concreto. En cuanto a la aplicación, tenemos, ante todo, la no contenciosa. Por otro lado, la contenciosa da lugar a decisión declarativa, condenatoria o absolutoria, y, en su caso, a acatamiento voluntario o, en su defecto, a ejecución forzosa



IDEA DE INTERPRETACIÓN: Solución o respuesta razonada a la *quaestio iuris*, pendiente de cuantificación, en su caso, y de aplicación, voluntaria o forzosa. Puede ser susceptible de recurso, como la apelación, o firme

14.- DERECHO Y LEGADO CICERONIANO

14.1 Idea ciceroniana de síntesis greco-latina

La reconstrucción histórica de la biografía ciceroniana (106-43 a. C.) nos permite afirmar que su desarrollo coincide con un periodo conflictivo, inestable y confuso. Pertenece a una familia de rango ecuestre de Arpino, que no cuenta con antepasados ilustres, *homo novus*³²³, por lo que se ha considerado que, solo gracias a su genio oratorio, llegará a alcanzar el primer puesto del Estado³²⁴. Su formación intelectual en Roma y Grecia abarca diversas disciplinas: la filosofía política, moral y racional, así como la jurisprudencia, adquiriendo notoriedad en materia de elocuencia. Como abogado, pronto adquiere reputación y clientela, al mismo tiempo que asume magistraturas públicas, de forma sucesiva, *cursus honorum*, y desempeña, incluso, cargos religiosos (Augur, cuestor, edil, pretor, cónsul, senador, procónsul).

Precisamente, en el año 70, toma partido contra la nobleza, al atacar a Verres, propretor de Sicilia, acusado de abuso de poder, en el intento de que los aristócratas contaran con él. Más adelante, en medio de crecientes agitaciones, intenta lograr el acuerdo entre senadores y caballeros. Elegido cónsul, sofoca la conjuración de Catilina (63), por lo que los populares le vuelven la espalda. Por sus vanidades imprudentes, provoca el enfrentamiento con Pompeyo y Clodio. Más tarde, los triunviros Pompeyo, César y Craso lo abandonan, siendo acusado de haber mandado ejecutar, sin juicio previo, a los cómplices de Catilina. En consecuencia, debe asumir la pena del exilio. Muy pronto, es llamado de nuevo, pero, aniquilado políticamente por los triunviros, débil y vacilante entre César y Pompeyo, acepta el gobierno de Cilicia, retirado del centro de la escena pública (51-50). A su regreso, asiste, irresoluto y sin dignidad, a la guerra civil, inclinándose por el partido de Pompeyo. La muerte de César (44) le llena de esperanzas, pues cree que ha llegado su gran oportunidad, atacando frenéticamente a Antonio, que aspiraba a suceder al dictador, y favoreciendo los planes de Octaviano. Cuando estos dos ambiciosos se unen con Lépido, M.T. CICERÓN es proscrito. Alcanzado en su huida, afronta la muerte el año 43 a. C.

Esto supuesto, consideramos a M. T. CICERÓN como la representación más elocuente del intelectual polifacético y ecléctico, cuya influencia ha sido constante a lo largo del tiempo, hasta nuestros días. La tradición documental de su extensa bibliografía pone de manifiesto que en su pensamiento vienen a converger técnicas y disciplinas que, al mismo tiempo, difieren y se complementan. Ante todo, la política, entendida en relación con el ejercicio efectivo del poder³²⁵; asimismo, la abogacía³²⁶ y el estudio razonado de la Ética, la Política, la Dialéctica y la Tópica, la Retórica y la Oratoria. Todo ello se extiende, además, al ámbito de la Jurisprudencia, sobre todo, en la medida en que haya podido influir en los juristas clásicos, a propósito de las virtudes y de los principios

³²³ Cicerón: *el filósofo que amaba la política* | Francisco PINA POLO y José María POU

<https://www.youtube.com/watch?v=20PljvKP7Qc>

Cicerón: *triunfo y frustración de un advenedizo* | Francisco PINA POLO

<https://www.youtube.com/watch?v=9KJsS-aOxOA>

³²⁴ J. BAYET, *Literatura latina*, Barcelona, 1972, pp. 136 y ss.

³²⁵ Los discursos políticos se agrupan en cuatro apartados: 1º.- En favor de Pompeyo (*De imperio Cn. Pompei*); 2º.- Discurso consulares, contra la ley agraria de Rulo y contra Catilina; 3º.- Discursos de retorno del destierro, dando las gracias al pueblo y al Senado; 4º.- Las 14 Filípicas, contra la indignidad moral y los proyectos sin escrúpulos de Antonio.

³²⁶ Las obras de Oratoria forense, llenas de patetismo y dirigidas a conmovir a los tribunales populares encargados de juzgar las causas criminales, van desde las Verrinas, del año 70, hasta la *Oratio pro Milone*, del 52.

fundamentales, como *fides*³²⁷, *prudentia*³²⁸, *iustitia*, *aequitas*³²⁹, *libertas*, en el sentido de *facultas naturalis*, *lex naturae*³³⁰; fuentes del *ius*³³¹. Igualmente, acerca de los binomios *ius civile-gentium*³³², *ius publicum-privatum*; de la prueba de los hechos³³³, de la interpretación de las normas³³⁴, etc³³⁵.

Decimos también ecléctico, ya que M. T. CICERÓN no puede ser considerado un creador original, sino un difusor en Roma, a través de sus escritos (*De Oratore*, *Topica*, *De Re publica*, *De Legibus*, *De Officiis*), de las enseñanzas de muy diferentes autores griegos (SOFISTAS, PLATÓN, ARISTÓTELES, POLIBIO, ESTOICOS: PANECIO, POSIDONIO)³³⁶, tratando de hallar una síntesis, comprensiva de elementos tomados de todos y cada uno de ellos, susceptible de ser asimilada por la mentalidad de los latinos.

Pero quizá lo más importante, ahora, sea constatar la repercusión que la tradición documental de sus escritos ha llegado a tener, sobre todo, en materias filosófico-jurídicas, como el problema de las relación entre Ética, Moral, Política y Derecho³³⁷, o bien el de la naturaleza de la argumentación jurídica, que oscilaría entre el rigor de la Tópica y la flexibilidad de la Retórica y la Oratoria. Dicha repercusión queda de manifiesto, por

³²⁷ *De Officiis* 1, 23: *Fundamentum iustitiae est fides, id est, dictorum conventorumque constantia et veritas. (Origen y fundamento de las relaciones sociales justas y del derecho es la "fe" o palabra de honor dada y aceptada como garantía de veracidad de lo que se dice y de mantenimiento de los pactos y convenciones).*

³²⁸ *De Officiis* 1, 153, *Prudentia (Φρονησις) est rerum expetendarum fugiendarumque scientia.*

³²⁹ *Topica* 9; 23: *Ius civile est aequitas constituta; Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*

³³⁰ *Philippicae* 11, 28: *Lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria.*

³³¹ *Topica* 28: *...ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.*

³³² *De Officiis* 3, 17, *Maiores nostri aliud ius civile aliud ius gentium esse voluerunt. Quod civile non continuo gentium; quod gentium idem civile esse debet (Nuestros mayores quisieron que una cosa fuera derecho civil y otra, derecho de gentes. Sin embargo, el derecho civil exclusivo de un pueblo no es común a todos, pero aquello que es común a todos también puede ser usado por los ciudadanos romanos entre sí).*

³³³ En esta materia, siguiendo a los retóricos, distingue las *probationes inartificiales* de las *probationes artificiales*. Las primeras son inherentes al objeto mismo y resultan evidentes, *quae non excogitantur ab oratore, sed in re posita ratione tractantur*; las segundas, en cambio, tratan de convencer al juez, mediante determinados artificios persuasivos empleador por el orador, dentro de determinados límites excluyentes de la falacia, *quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est; De Oratore* 2, 27, 116.

³³⁴ Su insistencia a propósito de la Causa Curiana nos sitúa más allá de la Analítica y de la Tópica aristotélicas y nos lleva a admitir tanto la interpretación literal como aquellos otros criterios más acordes con la *voluntas testatoris*, e incluso la *voluntas legislatoris*.

³³⁵ M. T. CICERÓN, en efecto, autor de obras de contenido moral, político y argumentativo, va a desempeñar también una gran actividad pública, llegando a alcanzar el cargo de cónsul, cuyo ejercicio viene marcado por la represión de la conjuración de Catilina. La actividad realizada ante los tribunales competentes en materia criminal, de la que queda constancia en las *orationes forenses*, pone de manifiesto su conocimiento tanto del Derecho público como del privado, así como su formación retórica. La gran cuestión que se plantea en torno a la figura de este autor es si puede o no ser considerado como una jurista. A pesar de que no tenemos certeza de que haya escrito un Tratado de Derecho civil y de que su figura haya sido objeto de fuerte crítica (T. MOMMSEN), lo cierto es que el estudio de sus obras (E. COSTA) ha permitido apreciar su condición de jurisconsulto.

E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, T. 1-2, Bologna, 1927.

<https://archive.org/details/B0101201bis/page/n167/mode/2up>

<https://archive.org/details/B0101202bis>

³³⁶ G. FRAILE, *Historia de la Filosofía, I Grecia y Roma*, Madrid, 1990, pág. 658.

³³⁷ G. FRAILE, *Ob. cit.*, pág. 659. Si bien, no confunde la Ética y la Moral con el Derecho, tampoco las separa por completo, puesto que las primeras ofrecen a la autonomía de la voluntad individual y colectiva de los operadores jurídicos el asesoramiento necesario para el ejercicio de sus funciones.

ejemplo, a través de las citas explícitas que figuran en las Etimologías de ISIDORO DE SEVILLA, concebidas de acuerdo con la sistemática tradicional del *Trivium* y el *Quadrivium*. Similares consideraciones podemos hacer a propósito de la *Summa Theologiae* de TOMÁS DE AQUINO, cuya metodología parte de la duda, *quaestio*, y trata de llegar a una respuesta que, en el fondo, no ha de ser considerada verdad absoluta e irrefutable. Ya en la época moderna, nos referimos, entre otras, a la obra titulada *Topica legalia* de Johann. OLDENDORP, a tenor de la cual, *CICERO secundum ARISTOTELEM vocat Topica, quasi sedes argumentorum seu rationum, quibus rei dubiae fidem facere licet*.

14.2 Cuestión recapituladora: Sofística frente a Filosofía

Aunque, desde la perspectiva marxista y del materialismo dialéctico, sofística significa aplicación de argumentos falsos en una disputa o en una demostración, recurriendo a los llamados sofismas, esto es, empleo de toda clase de argucias revestidas de aparente exactitud formal y externa, nosotros le damos aquí, más bien, el sentido propio de los antiguos sofistas griegos³³⁸, que florecen en el contexto de la democracia ateniense de Pericles del siglo V. a. C. En cambio, por filosofía, entendemos aquí conocimiento, de carácter no dogmático, esto es, no concebido en términos de veracidad o falsedad incuestionables, sino de probabilidad en mayor o menor grado y, en su defecto, de opinión común, más o menos convincente, que permite solucionar problemas prácticos y adoptar las oportunas decisiones, en el campo individual, social, político, jurídico, etc.

Así las cosas, los autores contemporáneos tienden a realizar una valoración de la figura y obra ciceronianas, en su conjunto, de tal modo que, para unos, nos encontraríamos ante un personaje heroico casi mítico, mientras que otros lo han descalificado de modo inapelable³³⁹. Se ha afirmado, con razón, que sus discursos políticos y forenses (en los que combina inteligencia, capacidad de persuasión e ironía) no son un modelo de objetividad, ni de fidelidad a los datos, ni de respeto al disidente³⁴⁰. Sin embargo, la amplitud de su esfuerzo y su pervivencia a lo largo del tiempo exigirían varias respuestas parciales variables según las circunstancias, esto es, que cada una de esas posibles respuestas por separado tendría el defecto de lo incompleto.

Es cierto que M. T. CICERÓN compone la mayor parte de sus obras filosóficas en los tres últimos años de su vida (*De re publica, De legibus, Paradoxae stoicorum, Tusculanae disputationes, De natura deorum, De senectute, De divinatione, De finibus bonorum et malorum, De senectute, De amicitia, De Officiis, Topica, etc.*), cuando las circunstancias políticas le obligan a buscar refugio en la serenidad de la vida privada y consuelo en la filosofía. Pero esto no bastaría para descalificar todo su sistema de pensamiento, inspirado

³³⁸ Estos han sido catalogados por su relativismo, subjetivismo (el hombre es la medida de todas las cosas), escepticismo, convencionalismo jurídico; utilitarismo, venalidad, etc. G. FRAILE, *Historia de la Filosofía*, cit., pp. 224 y ss.

³³⁹ J. JIMÉNEZ DELGADO, *Supervivencia de Cicerón*, Helmántica, IX, 29, 1958, pp. 353 y ss.

³⁴⁰ J. DAZA, *Kyrios Nomos. De la "iuris societas" de Cicerón al "politikos logos" de Marco Aurelio*, *Studia conquesia* III, Cuenca, 1976. J. BAYET, *Literatura latina*, cit., p. 145: *Los discursos políticos conceden una parte más amplia al gran estilo periódico, amplio y musical, que desarrolla largas frases acapadas y llenas de dignidad. Por otra parte, se muestra un hombre sensiblemente arrebatado en contra de sus adversarios, Catilina, Clodio, Pisón, Antonio: una violencia sin medida; una ironía corrosiva; un exceso brutal en las descripciones; una mala fe evidente, en las interpretaciones, que ponen a Cicerón, armado con su sola elocuencia, al nivel de los ambiciosos sin escrúpulos que se disputaban el poder en torno a él.*

en los griegos, pero que ha ido madurando en su interior al compás de la experiencia vivida en plena crisis institucional romana republicana.

Más en particular, en cuanto a la crítica de su pensamiento político, es preciso distinguir entre la finalidad inmediata que persigue al escribir y la perdurable influencia que va a ejercer a lo largo del tiempo. Esta enorme influencia posterior contrastaría con el fracaso del propósito que, en principio, le guía, por no hablar del carácter anacrónico de su obra. El fin que persigue es encomiar la tradicional virtud romana del servicio público y la preeminencia del papel del estadista. Su objetivo político no es otro que el de restaurar la constitución republicana en la forma que había tenido antes del tribunado revolucionario de Tiberio Graco. Se centra en dos ideas que considera fundamentales, pero que, en su época, apenas tendrían relevancia histórica: la creencia en la excelencia de la forma mixta de gobierno y la teoría del ciclo histórico de las formas de gobierno. La teoría de POLIBIO (la alternancia ordenada de buenos y malos gobiernos, el paso de la monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia, de la democracia a la demagogia) había sido encomiable por su rigor lógico, pero las observaciones empíricas que la respaldaban quedaban restringidas al marco de referencia de las Ciudades-Estado helénicas. M. T. CICERÓN lamenta que estas ideas no encajen perfectamente en la Historia romana y, por ello, se limita a rendir homenaje a la teoría, quitándole su rigor lógico. De modo bastante análogo, elogia las ventajas de una forma mixta de gobierno, sin llegar a aclarar qué instituciones romanas considera como representativas de cada uno de los elementos que la componen. Su intención de bosquejar una teoría política, en íntima relación con la historia de las instituciones romanas, parece laudable, pero sería irrealizable, puesto que adopta una doctrina previamente elaborada sobre fuentes griegas que luego ha de injertarse en la tradición romana³⁴¹.

En cualquier caso, la *ἀνακύκλωσις*, anaciclosis, o concepción cíclica de la sucesión de formas de gobierno, que a partir de ARISTÓTELES pasa a POLIBIO y llega a M. T. CICERÓN, no va a quedar anclada en el mundo grecolatino, sino que pervive, *mutatis mutandis*, en los autores más influyentes en el constitucionalismo contemporáneo, como J. J. ROUSSEAU³⁴².

Por otro lado, la aportación ciceroniana a la Historia del pensamiento ético-jurídico consiste en que ha dado a la doctrina estoica de la ley natural la formulación a través de la cual ha sido universalmente conocida, en toda la Europa occidental, hasta el siglo XIX. De la *ethica stoicorum* pasa a los juristas romanos y en no menor medida a los Padres de la Iglesia. Según esta última versión, hay un derecho natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por el dios supremo y de la naturaleza racional y social de los seres humanos, que los hace afines a ese dios. Obliga inmutablemente a todos los hombres y todas las naciones. Toda legislación que la infrinja no merecerá el nombre de ley, porque ni el gobernante ni la ley positiva pueden convertir lo injusto en justo (*lex est recta ratio imperans honesta prohibens contraria*). Considera, en efecto, que la vida humana ha de regirse por la razón y su capacidad congénita de discernir entre lo justo y lo justo, que es lo que hay de más divino en el hombre. Y la norma suprema de conducta consiste en seguir la propia naturaleza, de conformidad con la naturaleza universal. El matiz peyorativo que otorga a las pasiones le hace preferir la impassibilidad estoica a la moderación aristotélica. Al estoicismo debe, en suma, su distinción entre la

³⁴¹ G. H. SABINE, *Historia de la teoría política*, México, 1970, p. 129.

³⁴² J.J. ROUSSEAU, *Contrato social*, ed. Austral, Madrid, 1990, págs. 115 y ss.

ley natural y la ley civil, así como el criterio según el cual la ley natural es anterior y superior a la civil positiva.

A modo de conclusión, el libro VI del tratado *De re publica*, de inspiración platónica, contiene el relato denominado sueño de Escipión, *somnum Scipionis*. Se remonta M. T. CICERÓN al tiempo pasado en el que este antiguo militar anuncia a su nieto el triunfo que obtendrá sobre Cartago y los éxitos futuros. Con el fin de animarle a asumir su misión con fortaleza y entusiasmo, le hace saber que todos aquellos que socorrieron, salvaron o agrandaron la república tiene preparado su lugar en el cielo. Inspirándose, además, en el estoicismo helenístico, termina, exaltando la dignidad del espíritu, no sometido como el cuerpo a la mortalidad ...

Interpretando el sentido de este “sueño”, G. PUENTE OJEA³⁴³, desde su óptica marxista, pone de relieve que el realismo político de PANECIO y el espiritualismo astral de POSIDONIO, puestos en boca del viejo general romano, constituyen la síntesis más expresiva de la ideología oligárquica dominante en Roma, en el momento de su grandeza. Todo lo cual contribuye a legitimar la dominación de la clase senatorial durante la expansión territorial.

Sin embargo, no habría que olvidar el núcleo central del mensaje ciceroniano, crítico con los poderes públicos, hasta el punto de arriesgar su vida y perderla finalmente; poderes, que inevitablemente tienden a corromperse y frente a los cuales se encuentran la sociedad y el Derecho: *quid est enim civitas nisi iuris societas?*³⁴⁴.

³⁴³ *Ideología e Historia. El fenómeno estoico en la edad antigua*, Madrid, 1974, p. 162.

³⁴⁴ *De re publica* I, 32.

14.3 CASO PRÁCTICO: “TU QUOQUE”³⁴⁵

Antecedentes de hecho:

Con ocasión de la reunión senatorial celebrada el 15 de marzo del año 44 a. C., el dictador Julio César es apuñalado por un grupo de senadores, hasta causarle la muerte. Apenas dos días después, el nuevo “hombre fuerte de Roma”, Marco Antonio, decreta una amnistía en favor de los implicados, reconociendo que había sido un mal necesario para la defensa de la República. M. T. Cicerón, en su discurso ante el Senado, hablará en favor de ellos, siendo considerados por muchos como libertadores. Sin embargo, a finales del año 43, y con Octavio convertido en “amo de Roma”, serán juzgados, acusados de haber cometido un magnicidio en la persona de César, el cual encarnaba la Jefatura del Estado. Serán condenados a las penas de muerte y de confiscación de todos sus bienes. Finalmente, la mayoría de ellos perecerán en la batalla de Filipos del año 42. Con anterioridad, diciembre del año 43, el citado M. T. Cicerón había sido también víctima de una muerte violenta, por su actitud de denuncia del régimen de Cesar, tanto en sus discursos como en sus escritos.

Fundamentos de Derecho:

Según la constitución republicana, ningún gobernador provincial podía entrar en suelo itálico al frente de sus tropas, bajo “pena de ser declarado enemigo público”, y lo cierto es que J. César había llegado al poder, tras el paso del río Rubicón que señalaba el límite entre la Galia Cisalpina e Italia. Además, se había impuesto mediante una guerra civil, derrotando a Pompeyo y al Senado. Y había instaurado una dictadura de facto que no encajaba en los moldes de la legalidad republicana.

Queda así planteado el problema de apreciar el significado y alcance de la rebelión contra el tirano y del tiranicidio como últimos recursos, en defensa de las libertades públicas.

Reflexión crítica acerca del carácter ambivalente de ambas posiciones enfrentadas

Por lo que se refiere a la posición de J. César, hemos de considerar que, en parte, a través de su obra literaria va a tratar de falsificar la historia, ofreciendo un intento de justificación a perpetuidad de toda su actividad militar y política. En cambio, por otro lado, lo cierto es que su proyecto político innovador acaba triunfando e imponiéndose, después de su muerte, en la persona de su sucesor inmediato Octavio Augusto, por ajustarse, en mayor medida, a las circunstancias imperantes en esa época histórica.

Asimismo, los textos ciceronianos constituyen el testimonio personal inequívoco de que J. César es el prototipo de la ambición desmedida, que le lleva a mantener las convenciones y los pactos solo mientras resulten de su propia utilidad y favorezcan la consecución de sus propios objetivos. Frente a ello, mantienen y expresan la necesidad de restaurar la fuerza moral de la *fides* secularizada³⁴⁶, que ha hecho posible la grandeza

³⁴⁵ Comienzo de la célebre frase que César habría pronunciado al ver que también Bruto blandía el puñal para asesinarlo (*Tu quoque, fili mi*). Aunque suelen citarse en latín, según el testimonio de Suetonio (*Caes.* 82, 2), habrían sido pronunciadas en griego.

³⁴⁶ *De Officiis* I, 26 <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>

Con harta frecuencia se olvida la noción de lo justo cuando nuestra alma es invadida por el deseo de mando, de honores, de gloria, y así, Ennio nos dice que la ambición de reinar no conoce ni santidad de afectos ni fidelidad, y en esta frase del viejo poeta, tiene un amplísimo alcance. Desde el momento en que

de la Roma republicana y que viene de las costumbres de los antepasados, entroncando con las creencias religiosas, *fas-nefas*, compartidas en el seno del *populus*. Sin embargo, también es cierto que su proyecto político, en aquellas circunstancias, ya no era más que una idealización del pasado. La *civitas* republicana, al igual que su modelo precedente, la *πόλις*, han quedado ya definitivamente superadas, por lo que yerra Cicerón cuando pretende restaurarla, sin comprender la inviabilidad de tal retroceso histórico.

solo una exigua minoría puede escalar los primeros puestos de un estado es lógico que se produzca una tremenda rivalidad que haga difícil el respeto a los derechos del cuerpo social. Y ello lo hemos visto confirmado con la empresa temeraria de César, quebrantando todas las leyes divinas y humanas, para escalar un puesto falsamente estimado por él como el primero.

14.- DERECHO Y LEGADO CICERONIANO

14.1 Idea ciceroniana de síntesis greco-latina

PERSONALIDAD HISTÓRICA DE M. T. CICERÓN: La reconstrucción histórica de la biografía ciceroniana (106-43 a. C.) nos permite afirmar que su desarrollo coincide con un periodo conflictivo, inestable y confuso



CONTINUIDAD DE SU OBRA: La continuidad y repercusión de su obra a lo largo del tiempo queda de manifiesto, por ejemplo, a través de las citas de autores posteriores, como ISIDORO DE SEVILLA, TOMÁS DE AQUINO, Johann OLDENDORP



IDEA DE SÍNTESIS: Intento de conciliar el pensamiento griego, en su dimensión ética-política, dialéctica-retórica, con el pragmatismo original de la jurisprudencia romana, por parte de M. T. CICERÓN y de otros autores de generaciones sucesivas depositarias del legado ciceroniano

14.2 Cuestión recapituladora: Sofística jurídica versus Filosofía jurídica

