

anales de la universidad de alicante. facultad de derecho

ALCARAZ RAMOS, MANUEL

Consideraciones sobre los límites a la libertad de expresión.

ASENSI SABATER, JOSÉ

Notas sobre participación y comunicación.

BOIX REIG, JAVIER

Policía y Administración de Justicia.

CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMÍN

Occupatio apis.

CHOFRE SIRVENT, JOSÉ F.

Aproximación al modelo de la Ley que se configura en la Constitución de 1812.

DAZA MARTÍNEZ, JESÚS

Compromissum. Su naturaleza jurídica.

GILABERT ORTEGA, JOSÉ

Tres momentos iniciales en la vida política de Manuel Azaña.

GUTIÉRREZ, CÁNDIDA

Receptum arbitrii.

MONTESINOS SÁNCHEZ, NIEVES

Notas sobre las relaciones entre la iglesia y el gobierno del general Franco durante la guerra civil.

PUJAL RODRÍGUEZ, CARMEN

La dirección del Derecho Romano testamentario en las partidas.

SÁIZ LÓPEZ, VICTORIANO

Las acciones de garantía bancaria en Derecho Romano Clásico.

SAURA, LUIS FERNANDO

A propósito de una nueva Ley.



**anales
de la universidad
de alicante.
facultad de derecho**

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO

N.º 5

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Director	D. JOAQUÍN MARTÍNEZ VALLS
Subdirectores	D. ALBERTO PÉREZ VIVÓ D. LUIS F. SAURA MARTÍNEZ
Vocales	D. MANUEL ALCARAZ RAMOS D.ª CÁNDIDA GUTIÉRREZ GARCÍA D. CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS D. JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ D.ª MARÍA TERESA SOLER ROIG
Secretario	D. JOSÉ F. CHOFRE SIRVENT

Depósito Legal: A-575-1991

Impreso en Such Serra - Alicante

**anales
de la universidad
de alicante.
facultad de derecho**

ALICANTE

SUMARIO

	<u>Página</u>
CONSIDERACIONES SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, por Manuel Alcaraz Ramos	9
NOTAS SOBRE PARTICIPACIÓN Y COMUNICACIÓN, por José Asensi Sabater	25
POLICÍA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, por Javier Boix Reig	35
OCCUPATIO APIS, por Fermín Camacho de los Ríos	49
APROXIMACIÓN AL MODELO DE LEY QUE SE CONFIGURA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812, por José F. Chofre Sirvent	73
COMPROMISSUM. SU NATURALEZA JURÍDICA, por Jesús Daza Martínez	89
TRES MOMENTOS INICIALES EN LA VIDA POLÍTICA DE MANUEL AZAÑA, por José Gilabert Ortega	135
RECEPTUM ARBITRII, por Cándida Gutiérrez	151
NOTAS SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL GOBIERNO DEL GENERAL FRANCO DURANTE LA GUERRA CIVIL, por Nieves Montesinos Sánchez	155
LA DIRECCIÓN DEL DERECHO ROMANO TESTAMENTARIO EN LAS PARTIDAS, por Carmen Pujal Rodríguez	175
LAS ACCIONES DE GARANTÍA BANCARIA EN DERECHO ROMANO CLÁSICO, por Victoriano Sáiz López	209
A PROPÓSITO DE UNA NUEVA LEY, por Luis Fernando Saura	223
RESÚMENES DE TESIS DOCTORALES	253
INFORMÁTICA JURÍDICA, LENGUAJES DOCUMENTALES Y TÉCNICA LEGISLATIVA, por Josep Aguiló Reglá	255
LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN ESPAÑA: LA REALIDAD NORMATIVA EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONISMO HISTÓRICO, por José F. Chofre Sirvent	261

PRINCIPIO Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO PÚBLICO DEL DEPORTE, por Gabriel Real Ferrer	265
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, por Carmen Viqueira	269
TESIS DOCTORALES LEÍDAS DESDE EL CURSO 85-86 HASTA EL CURSO 89-90	273

Consideraciones sobre los límites a la libertad de expresión

MANUEL ALCARAZ RAMOS

I

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia ampliamente dominante en EE.UU. y en Europa los Derechos Fundamentales no pueden considerarse absolutos y, por lo tanto, encuentran limitaciones tanto en el resto de derechos constitucionalizados como en la estructura interna del propio sistema jurídico-político. En realidad es este un lugar común en la historia de los derechos desde los propios textos de la Revolución Francesa. El principio de relativización de los derechos fundamentales, pues, está claramente formulado. Otra cosa son, desde luego, los problemas prácticos, sobre todo interpretativos, que se plantean en el momento de decidir entre bienes jurídicamente protegidos ante pretensiones legítimas.

Si en algún caso el problema se agudiza es, sin duda, en el de la libertad de expresión y ello debido, en primer lugar, a la propia polisemia de tal derecho. La libertad de expresión se remonta como reivindicación explícita a los tiempos de la Ilustración y en la mejor tradición liberal se acuña conceptual y jurídicamente como derecho subjetivo frente al Estado, lo que era particularmente apropiado en un sistema surgido de las revoluciones contra un Antiguo Régimen que se caracterizaba, entre otras cosas, por un persistente ánimo censor y por las trabas a la iniciativa privada en el rentable negocio de la prensa. Así pues la libertad de expresión decimonónica se plantea ante todo como un derecho de libertad de imprimir y la menor o mayor amplitud en su regulación constituye un excelente baremo para medir el nivel de dualismo

liberalismo/conservadurismo y para apreciar las contracciones políticas e ideológicas de la burguesía posrevolucionaria. En este período las limitaciones a la libertad de expresión son fruto habitualmente de restricciones provenientes del puro oportunismo político y sólo tardíamente aparece una legislación sobre lo que hoy denominamos derecho a la propia imagen, que se irá configurando como un derecho autónomo en competencia con los tradicionales derechos de personalidad de la tradición civilística. Hacia finales de siglo se consagran unos modelos clásicos que, en cierta medida, aislan la libertad de expresión de los avatares políticos; máxima expresión y paradigma a imitar será la ley de prensa francesa de 29 de julio de 1881 vigente, en parte, en la actualidad. En dicha ley aparecen también algunos límites relacionados con secreto sumarial y otros aspectos de procesos judiciales.¹

II

Con independencia de variaciones doctrinales y jurisprudenciales esta tendencia permanece incólume hasta después de la Segunda Guerra Mundial y, a partir de ahí, la situación cambiará radicalmente sobre todo por dos razones:

—el desarrollo fulminante de unos medios de comunicación poderosos en lo social, cultural, político y económico y difícilmente asimilables a la regulación tradicional de la prensa;

—la conceptualización del Estado del capitalismo tardío como Estado Social.

El juego de ambas circunstancias convierte a la libertad de expresión en un derecho renovado encorsetado en esquemas jurídicos periclitados. En efecto, la larga tradición liberal sobre la libertad de expresión a malas penas puede servir para incidir sobre los problemas actuales de la libertad de información y, más aún, en un esquema transformado en el que el pensamiento del «dejar hacer» cede su puesto, en palabras de Forsthoff, a un «pensamiento interventor» y en el que la pura negatividad de la libertad de expresión —el Estado se abstiene de intervenir— cede su lugar a un derecho que, como todos los derechos fundamentales se convierten ahora en «principios positivos».²

Surge así el amplio campo del derecho de la información o derecho a la información que, en cierto sentido, opera paradójicamente reduciendo en el significado tradicional: el derecho de expresarse —acción del individuo o de los grupos en que se organiza— cede ante un derecho a ser informado —con lo que esto conlleva de pasividad frente a la anterior actividad—. No profundizamos aquí sobre esta interesante cuestión pero sí hay que advertir sobre la incertidumbre que tales cambios generan en el constitucionalismo actual. Baste señalar, a modo de ejemplo, cómo la cuestión no es ni siquiera abordada formalmente en el constitucionalismo continental del fin de la Segunda Guerra Mundial; el constitucionalismo más reciente ha optado por diversas soluciones. Así, como es sabido, la Constitución Española prefirió unir en el artículo 20 los principios tradicionales sobre la libertad de expresión con otras cuestiones relativas al ámbito al derecho de información e incluso con aspectos particulares como la libertad de cátedra o derechos específicos de los periodistas, con un resultado final que dista mucho de ser satisfactorio desde un punto de vista técnico. En contra, la Constitución portuguesa y la reciente Constitución brasileña han preferido, con desigual fortuna, dividir entre derecho a la libertad de expresión y otros aspectos relacionados con la información; esta división no es baladí pues a nadie se le escapa que una ubicación u otra puede tener una importancia material enorme a la hora de la protección jurisdiccional de los derechos. Finalmente la jurisprudencia anglosajona, especialmente en el caso de EE.UU.,³ ha seguido un tortuoso camino para afianzar un derecho a la información. Todos estos datos sirven esencialmente para reforzar la idea de la confusión reinante a la hora de delimitar conceptualmente lo que hoy entendemos intuitivamente por libertad de expresión, esa confusión apenas si se desvanece por la acción de una profusa legislación complementaria característica de los Estados en las sociedades desarrolladas. Y en el marco de esa confusión hay que volver a hablar de los límites a la libertad de expresión. Podemos afirmar que a la historicidad de los derechos corresponde una historicidad de sus límites y, en concreto, a las razones que han limitado la libertad de expresión se han sumado otras aumentando así la paradoja a la que antes hacíamos alusión: cuantos más «medios» hay para hacer efectiva la libertad de expresión más limitaciones aparecen.

Desentrañar la razón de todo ello no es fácil, pondremos un ejemplo que nos permita explicar mejor esa dificultad. Con independencia de las razones de puro oportunismo político a las que antes hacíamos referencia, el límite tradicionalmente más operante han sido los argumentos morales, así los famosos casos contra Flaubert —absuelto— y Baudelaire —parcialmente condenado— supusieron un punto de inflexión en el debate decimonónico sobre la necesidad de censurar o no obras artísticas por razones morales. Que la moralidad es parte de los juegos políticos como demostró la «caza de brujas» y el «código Hays» en EE.UU., es algo tan obvio que no es necesario insistir sobre ello. Ahora bien una identificación entre uso moral de la libertad de expresión y bien público ya plantea más problemas. El famoso juez de la Corte Suprema de EE.UU. Oliver W. Holmes Jr. ofreció un hermoso ejercicio de racionalidad al explicar en el caso «Schenck vs. United States», de 1919, que no puede haber ninguna buena razón para tutelar con el manto de la libertad de expresión al que grita «¡fuego!» en un teatro atestado de público. Pero como siempre es bueno ubicar las opiniones —sobre todo si son brillantes— en su contexto, convendrá recordar que el caso comentado concluyó con la condena de Schenck por enviar cartas a reclutas alistados durante la Primera Guerra Mundial en las que se pedía que rechazaran el servicio militar obligatorio.⁴ Posiblemente desde un punto de vista legal la sentencia fuera irreprochable, pero difícilmente se puede ofrecer un juicio ético sobre la acción encausada sin condenar, por ejemplo, a Bertrand Russell o a Einstein que, a posteriori, ofrecen modelos de comportamiento en situaciones similares de gran valía moral.

Sirva esta pequeña parábola para relativizar los valores éticos que relativizan la libertad de expresión. En cualquier caso no quisiéramos ser injustos con el juez Holmes, que, con motivo del caso comentado formuló su doctrina del «riesgo claro e inminente», progresista para su época y que, de hecho, no se generalizó en la jurisprudencia norteamericana hasta 1937: «sólo aquellas formas de expresión que conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no puede ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, discusión o debate, pueden ser objeto de represión legal».⁵

En cualquier caso tal declaración, en la mejor herencia jeffersoniana, no ha podido quedar incólume, por ingenua, ante los nuevos retos de la sociedad de la información. Como hemos indicado al principio las teorías vigentes en la actualidad se centran en el relativismo o «balance de intereses» que, sin duda, ofrece, al menos, la ventaja de dejar puertas abiertas a una situación informativa muy fluctuante. Esta posición ha sido la dominante en el Tribunal Constitucional español.⁶

III

Sin embargo, por flexible que se presente el principio de «balance de intereses» hay siempre, en el esquema del Estado de Derecho, que evaluar los intereses jurídicamente protegidos, o, dicho de otra manera, la pervivencia del Estado de Derecho exige una constitucionalización previa de los intereses a contrapesar con el acto de expresión que se quiere limitar. Acudiendo al Derecho Constitucional español recordemos lo afirmado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de enero de 1982: «Todo derecho tiene sus límites que (...) establece la Constitución, por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos». En este sentido, el profesor Carrillo, en la mejor monografía publicada sobre los límites a la libertad de expresión en la Constitución Española,⁷ hace una afirmación que compartimos: «no son deducibles, en principio, más límites a la libertad de expresión que aquellos que el artículo 20.4. especifica y los que se derivan de la ratificación por España del Convenio de Roma». Esta afirmación, en cualquier caso, requiere dos matices:

1.—Nos referimos a la libertad de expresión, ahora, desde un punto de vista formal, sin analizar, por ejemplo, el alcance del artículo 9.2 C.E. sobre esta materia y que implicaría para los poderes públicos remover los obstáculos que dificultan una dimensión igualitaria de la libertad de expresión, lo que nos llevaría a adentrarnos en una maraña de situaciones que van desde las televisiones privadas a las radios libres, pasando por el derecho de antena.

2.—Ciertas limitaciones reales a la libertad de expresión pueden encontrar su fundamentación en ese artículo 20.4 o en el Convenio de Roma, pero a condición de interpretar muy extensivamente los derechos del Título I, por ejemplo en lo relativo a aspectos regulados en la legislación de defensa o de emergencia.

IV

Dicho eso, partiremos de esos dos polos —artículo 20.4. y Convenio de Roma—, para tratar de ofrecer una tipología —coincidente, por otra parte, con la mayoría del derecho comparado— de los límites de expresión.

1.—Límites basados en la protección de derechos inherentes a la personalidad. En especial los derechos a la imagen, honor e intimidad⁸ y también normas obligatorias sobre secreto profesional.

2.—Límites que afectan para la seguridad nacional e integrado territorial. En especial las legislaciones dedicadas a secretos de Estado.

3.—Límites derivados de la acción interventora del Estado social de derecho:

3.1.—Regímenes de autorización previa para la concesión de licencias para la actuación de empresas informativas y culturales.⁹

3.2.—Protección de ciertos colectivos sociales. En especial la infancia y la juventud.

3.3.—Protección de la salud. En especial con prohibiciones en materia publicitaria —tabaco, alcohol, medicamentos.

4.—Límites derivados de requisitos para el buen funcionamiento de la administración de justicia. En especial lo referente al secreto sumarial. En el mismo sentido: límites a la difusión de actos parlamentarios.

5.—Límites derivados de la seguridad y el orden público.

5.1.—Legislación ordinaria que previene la comisión de delitos.

5.2.—Legislación especial antiterrorista.

6.—Límites derivados de derechos humanitarios.

6.1.—Prevención de la guerra y el genocidio.

6.2.—Prevención del racismo y otros tipos de discriminación.

Los puntos 1,2,3,4 y 5.1 podemos clasificarlos de clásicos, unos porque contribuyen a asegurar el funcionamiento de los instrumentos de actuación del Estado y otros porque son herederos de la fuerte tradición privatista de la burguesía decimonónica que, en algunos casos, asimila valores propios de la nobleza dominante en el Antiguo Régimen. Más interés, desde el punto de vista de la novedad, tienen los puntos 5.2 y 6 y a ellos, de forma conjunta, vamos a dedicar los siguientes párrafos.

V

No pretendemos hacer un estudio pormenorizado de las implicaciones de la reciente legislación antiterrorista europea, legislación que, como ha demostrado López Garrido¹⁰ ha trastocado algunos de los principios constitucionales, penales y jurisdiccionales más caros al pensamiento occidental del Estado de Derecho, sobre todo desde el momento en que «el concepto de delito terrorista ha terminado por acoger como un elemento fundamental la idea de “fin” de la conducta. Y, a pesar de la proclamada intención de reducir el delito terrorista a la categoría de delito común, su definición legal ha necesitado incluir el sentido político de la acción reprimida penalmente». Dentro de las alteraciones experimentadas en la tipificación y/o el agravamiento de penas a actuaciones derivadas de actos de expresión de pensamientos ha sido el más relevante junto con actos tendentes a penar acciones contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas. Ello es así por el carácter «propagandístico» esencial del acto terrorista, lo que ha planteado la duda misma sobre la conveniencia de publicar información —entiéndase «aséptica»— de los actos terroristas y que ha dado lugar al intento del gobierno conservador británico de imponer normas censoras y redundantes y, por lo general, infructuosos debates sobre deontología periodística. Sin entrar en esta cuestión sí hay que señalar algunas mutaciones legales significativas que, en muchos casos, convierten a la expresión del pensamiento político en delito o lo caracterizan como inducción.

En la República Federal Alemana la reforma del Código Penal de 18-8-1974 introdujo, en el artículo 129.a), la pena de prisión de 6 meses a 5 años para quien fundare una asociación terrorista, incluyendo en los supuestos tipificados a quien «la apoye o haga proselitismo a favor de ella». Esta reforma era coherente con el camino abierto por la enmienda 17 a la Ley Fundamental de Bonn de 24-6-1968, sobre su artículo 5, que en lo referente a la libertad de expresión, investigación y cátedra preveía que tales derechos se limitaran por una ley general bajo el principio de la «lealtad a la Constitución».¹¹ Ello daría lugar a la famosa «resolución sobre los radicales», firmada en junio de 1972 por la Conferencia de los Presidentes de los Länders y el Canciller Federal Brandt, publicada como decreto y que afectó a tres millones de funcionarios a los que se exigía una «actitud de fidelidad» a la Constitución y a su «orden fundamental liberal democrático»; pese a ver afirmada la constitucionalidad de tal decreto por el Tribunal Constitucional en junio de 1975, fue sustituido por otro decreto del 16-6-1976 que adoptó el principio «de examen de la lealtad a la Constitución para los candidatos a la función pública». El Tribunal Constitucional, en el asunto Empell, amplió aún más la interdicción profesional por razones políticas en octubre de 1977. Finalmente el 17-1-1978 el gobierno adoptó un acuerdo para precisar con más detalle el significado del principio de «fidelidad a la Constitución» («Verfassungstreue»).

Paralelamente a este proceso en enero de 1976 se aprobó por unanimidad la «ley para la protección de la paz conciudadana», que modificaba otros artículos del Código Penal, así el artículo 88.a) pasó a imponer penas de hasta tres años para el que difundiera escritos que supongan amenazas a la paz pública o que impliquen aprobación de «acciones contra la existencia y la seguridad de la República Federal Alemana o de sus principios constitucionales». Por otra parte el artículo 130.a), pasaba a considerar delito a la divulgación de escritos que contengan «instrucciones» para acciones violentas, permitiendo en su evaluación y penalización un amplio margen a la interpretación jurisprudencial. Como vemos, el sistema punitivo en la República Federal Alemana se ha visto muy reforzado y, sin adelantar conclusiones, al menos puede evidenciarse cómo en nombre de la defensa del «orden liberal» se asesta un duro golpe a la tradición liberal y se debilita extraordinariamente

la estructura conceptual del Estado democrático de derecho, sobre todo por las restricciones impuestas a los posibles funcionarios que, no lo olvidemos, incluye a los profesionales públicos de la enseñanza.

España, por su parte, se sumó a la ola de la legislación antiterrorista con la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que, posiblemente, sea la ley de este tipo, en el contexto europeo que incluye más limitaciones a la libertad de expresión de «apología» de delitos contemplados en la ley, para tal tipo prevé pena de prisión menor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. El número 2 del citado artículo se dedica a precisar, de forma extremadamente ambigua, lo que se entenderá por «apología»:

—alabanza o aprobación en público de los hechos delictivos comprendidos en la ley;

—apoyo o ensalzamiento de la rebelión o actividades propias de organizaciones terroristas, armadas o rebeldes «o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y, en general, cualquier otro modo en que se materialice la difusión»;

—apoyo o adhesión «mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas, que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público».

Como puede verse, de un cumplimiento estricto de la ley se derivaría la práctica imposibilidad de informar y opinar sobre actos terroristas.

El artículo 21, por su parte, preveía el cierre de medios informativos que intervinieran en la apología de forma grave o habitual. Sin embargo el Tribunal Constitucional, tras el recurso presentado por los Parlamentos vasco y catalán, declaró inconstitucional este artículo 21 —y otros— en la sentencia 199/1987 de 16 de diciembre.

El caso italiano ofrece mayores peculiaridades. El punto de referencia hay que tomarlo en la Ley de 22-5-1975 sobre la tutela del orden público («Ley Reale»).¹² En su artículo 10 preveía penas de 6 meses a 2 años, privación de derechos y multa a «quien haga propaganda para

la constitución de una asociación, movimiento o grupo que atente contra el orden público según lo define el artículo 1 de la misma ley». A continuación fija las mismas penas «a quien públicamente exalte exponentes, principios, hechos o métodos del fascismo o sus fines antidemocráticos, o bien, ideas o métodos racistas». Para ambas circunstancias se prevé un agravamiento de las penas si se utiliza «la imprenta». El artículo 11 castiga con reclusión de hasta tres años y multa «a quien participando en reuniones públicas, realice manifestaciones usuales del disuelto partido fascista o de organizaciones nazis». Por otra parte el artículo 13 también penaliza a los que financien las actividades anteriormente descritas incluyendo los gastos de imprenta. Como vemos la ley italiana introduce una originalidad motivada seguramente por la propia historia del país: junto a la tipificación y penalización de los actos terroristas genéricamente considerados se prevén supuestos específicos contra el fascismo, el nazismo y contra el racismo, encontrándonos, en este último caso, ante un supuesto de límite derivados de derechos humanitarios.

En realidad ya se puede encontrar un precedente aún más claro en el derecho de prensa francés. En diversas normas se condena la apología del delito, a veces, como ha señalado algún autor, con difíciles «fronteras»;¹³ pero, además, la Ley de 1-7-1972 tipificó y penalizó la provocación a la discriminación, el odio racial y la difamación a causa de la etnia, nación o religión. Antes de volver a los problemas de interpretación jurisprudencial a que esta norma ha dado lugar conviene hacer algunas precisiones sobre la aparición y virtualidad jurídica de estas limitaciones establecidas por razones humanitarias.

VI

Históricamente se pueden rastrear intervenciones del poder en un sentido similar —salvando las enormes distancias jurídico-políticas— ante los preocupantes brotes de antijudaísmo en el final de la Edad Media y durante el Renacimiento. En la provocación de esas manifestaciones antisemitas ejercían un papel importante el teatro religioso y las predicaciones masivas. Se tiene constancia de prohibición de representa-

ciones en numerosas ocasiones o, al menos, de la supresión de las escenas antijudías, estando bien documentada, por ejemplo, la supresión de estas escenas en 1338 en Friburgo de Brisgovia; en otros casos, por ejemplo en Frankfurt en 1469 se ordenaba la protección de barrios judíos durante las representaciones de un «misterio». Igualmente, en junio de 1348, Pedro IV de Aragón comunicó a los vicarios episcopales y al capítulo catedralicio de Barcelona el deber de calmar a los predicadores antijudíos; y Fernando I de Aragón dictó medidas contra algunos sermones que hoy consideraríamos racistas de Vicent Ferrer del que, sin embargo, era personalmente un gran admirador.¹⁴

En todos estos antecedentes lo que se perseguía, evidentemente, es asegurar la estabilidad y la paz social, tanto proveyendo altercados y disturbios como buscando el mantenimiento de un «statu quo» económico y político. Algo similar, si se permite la comparación, sucede con la unión que vemos entre reclamaciones humanitarias y legislación antiterrorista en nuestra época. El derecho interno objetiviza, politiza, las reclamaciones ideológicas heredadas de «Derecho de Gentes» que, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, florecen en Tratados Internacionales.

Sin ánimo de ofrecer una guía completa de los límites por razones humanitarias en el derecho Internacional sí que intentaremos ofrecer una visión de conjunto sobre la cuestión. Quizás la primera alusión la encontramos en el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, propiciada por la ONU, que en el artículo III,c) declara como acción punible «la instigación directa y pública a cometer genocidio», preveyendo para esta acción, y para otras descritas en el mismo artículo, la retroactividad en el artículo IV. Por su parte, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, también adoptada en el marco de la ONU, dedica un largo artículo 4.º a la condena de «toda la propaganda y todas las organizaciones» que se inspiren en o difundan el racismo o la discriminación, los Estados Partes, así «se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos...»; en concreto los firmantes se comprometen: «a) Declararán como acto punible, conforme

a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial...» y «b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley».

En los textos internacionales de carácter más global hay que referirse forzosamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, de nuevo acordado en la ONU: tras asegurar el artículo 19 la libertad de expresión limitado en su número 3 por el respeto y reputación de los demás, por la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, dedica el artículo 20 a establecer límites basados en las razones humanitarias que venimos comentando: «1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

En cuanto a los textos regionales hay que advertir cómo el Derecho europeo no ha insistido especialmente en estas cuestiones, posiblemente porque los Estados europeos eran firmantes de los acuerdos de la ONU, todo ello con independencia de las limitaciones genéricas establecidas en el Convenio de Roma a las que ya aludimos. Puestos a elegir un ejemplo de acuerdo regional fuera de Europa podemos referirnos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica» adoptado el 22 de noviembre de 1969, en esta Convención se garantiza la libertad de expresión genéricamente por el artículo 13.1 en los números siguientes se alude a las limitaciones clásicas y en el párrafo 5 se declara: «Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Como vemos en el Derecho Internacional vigente existe una amplia panoplia de instrumentos jurídicos encaminados a asegurar limitacio-

nes, por razones humanitarias, a la libertad de expresión. Sin embargo la virtualidad de su aplicación encuentra muchas dificultades, algunas propias de la aplicación de cualquier norma internacional y otras derivadas de la propia especificidad de estos preceptos. En efecto, sin necesidad de insistir sobre la práctica imposibilidad de imponer a muchos Estados, con independencia de ser o no firmantes de los acuerdos o pactos, el cumplimiento eficaz de las normas, a nadie se le escapan los problemas de traslación a la ordenación jurídica interna de preceptos del tipo que venimos comentando,¹⁵ sobre todo en lo que implica regulación penal. Es por ello significativo que, precisamente, en varios países europeos se haya aprovechado la legislación antiterrorista para introducir estos límites, en un intento de dulcificar así las aristas más duras de una plasmación jurídica tan represiva; por otra parte la concepción finalista apuntada en las leyes antiterroristas desvirtúa en buena medida la intención de los pactos y convenios internacionales.

Pero aún queda una última dificultad en la aplicación de estas normas derivada de su interpretación jurisprudencial. Es interesante la polémica desatada en Francia y que quizás encuentre su mejor reflejo en el contenido de la sentencia del Tribunal Correccional de París de 6 de diciembre de 1984;¹⁶ el elemento en discusión esencial radica en el hecho de si hay que interpretar las prohibiciones contra la difamación racial o contra la incitación a la discriminación como delitos autónomos, es decir, con independencia de que causen o no situaciones reales de discriminación, odio o venganza racial. La polémica sigue y seguirá abierta, aunque, al menos en la jurisprudencia de la Corte de Casación parece triunfar la tesis de un delito autónomo de provocación. Pero la solución no es fácil pues, con independencia de la repugnancia que puedan causar las opiniones enjuiciables, siempre se bordea el espinoso tema de salvaguardar el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, a la vez que se pueden crear precedentes aplicables en el enjuiciamiento de opiniones que no serían punibles de acuerdo con las normas internacionales pero sí con otras normas internas y aquí, de nuevo, volvemos a encontrarnos con las leyes antiterroristas.

VII

Extraer conclusiones definitivas sería demasiado ambicioso, pero sí pueden ensayarse algunas conclusiones provisionales:

1.—La libertad de expresión está constitucionalizada e interpretada por la jurisprudencia y por la doctrina dominante tanto como un derecho subjetivo como una función social, pero también hay que interpretarla como cumplidora de una función política fundamental en las sociedades desarrolladas, esencialmente porque permite circular información, renovar el consenso e integrar controladamente las críticas al sistema; desde este punto de vista la libertad de expresión, junto con otros derechos fundamentales, contribuye decisivamente a asegurar la legitimidad y la estabilidad del sistema.

2.—Desde esta perspectiva los límites a la libertad de expresión buscan, políticamente, prohibir intervenciones que rebasan dicha función legitimadora. Puede interpretarse así históricamente la evolución experimentada en los límites; paulatina y comparativamente pierden pero las limitaciones derivadas de los derechos privados —que había sido un instrumento esencial en la consolidación político-ideológica de la burguesía— en favor de límites más políticos.

3.—En ese panorama se refuerza cada vez más los límites derivados de la seguridad y el orden —leyes antiterroristas— y de las normas humanitarias de origen internacional. Con independencia de la necesidad de arbitrar políticas penales que atajen un fenómeno como el terrorismo, en el campo de la libertad de expresión las medidas adoptadas se revelan habitualmente como desproporcionadas, lo que puede explicarse por el carácter político de la apreciación de los delitos terroristas —aunque los actos típicamente terroristas: atentados, homicidios, lesiones, secuestros... sean actos tipificados como delitos comunes—: el sujeto pasivo último de todo acto terrorista es el Estado y toda opinión favorable al terrorismo —con todo su cinismo y desfachatez— supone un peligro a la legitimidad imperante, aunque no impliquen una legitimidad alternativa.

4.—Pero la represión antiterrorista también reporta unos costes en legitimidad, ese déficit se ha tratado de cubrir con el recurso a los lími-

tes derivados de derechos humanitarios, con la consecuente e interesada confusión jurídica, por lo que, «de lege ferenda» sería deseable:

—separación de las normas antiterrorista de las basadas en derechos humanitarios, aunque, en algunos casos, pudieran concurrir ambos aspectos;

—regulación en los ordenamientos internos con la máxima precisión posible de los tipos penales derivados de la aplicación de las limitaciones a la libertad de expresión contenidas en los acuerdos y pactos internacionales de carácter humanitario.

NOTAS :

1. Ph. Bilger y B. Prevost. «Le droit de la presse». PUF, París, 1989. P. 5 y ss.
2. F. Forsthooff. «El Estado en la sociedad industrial». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975. P. 252.
3. En el caso de Gran Bretaña parece que ha dado lugar a menos problemas por el cuidadoso sistema de organización de las comunicaciones basado en el servicio público independiente del Gobierno. Para el caso de EE.UU. ver D.M. O'BRIEN: «El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional». publigráficos, México D.F., 1983.
4. R. Salvador Coderch. «El mercado de las ideas». En: Claves de Razón Práctica, n.º4, Madrid, julio-agosto, 1990.
5. Idem. P. 41.
6. Por ejemplo: STC 61/1981, 12/1982, 13/1985, 51/1985, 104/1986, 165/1987, 6/1988, 51/1989, 9/1990, 20/1990.
7. M. Carrillo. «Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978». PPV, Barcelona, 1987. P. 18.
8. En España este límite venía señalado específicamente en el artículo 20 C.E. al referirse a lo dispuesto al art. 18.1 C.E. y que fue desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ver: STC 159/1986, 107/1988, 37/1989 y 51/1989 así como la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens (8-7-1986). Para un enfoque doctrinal ver: M. de la Valgoma. Comentario a la Ley Orgánica de protección civil

del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen. En: «Anuario de Derechos Humanos», n.º 2, Madrid, 1983.

9. Así figura en el artículo 10.1 del Convenio de Roma. Sin embargo hay que ser cauto en la inclusión de esta limitación de la actividad privada como límite a la libertad de expresión. En algunos casos nos encontramos ante un auténtico límite incluíble en esta tipología, en otros, cuando interviene el ánimo de lucro, nos encontramos normalmente con un límite a la propiedad privada o/y a la libertad de creación de empresas.
10. D. López Garrido. «Terrorismo, política y derecho». Alianza, Madrid, 1987. P. 131 y ss.
11. Idem. P. 65 y ss.
12. Idem. P. 194 y 195.
13. Ph. Bilger y B. Prevost. *Op. cit.* P. 45 y ss. y 76 y ss.
14. J. Delumeau. «El miedo en Occidente». Taurus, Madrid, 1989. P. 432 y ss.
15. En el caso español la articulación interna es incompleta aunque sea de general aplicación el artículo 10.2 de la Constitución sobre normas relativas a derechos fundamentales, libertades y su interpretación de acuerdo con los textos internacionales. Por otra parte todos los textos citados, con la lógica excepción del Pacto de San José, han sido ratificados por España. Ver: Convenio sobre genocidio: BOE n.º 34 de 8-2-1969, Convenio sobre discriminación racial: BOE n.º 118 de 17-5-1969, Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos: BOE n.º 103 de 30-4-1977.
16. Ph. Bilger y B. Prevost. *Op. cit.* P. 47.

Notas sobre participación y comunicación

JOSÉ ASENSI SABATER

Los sistemas de dominación contemporáneos tienen un rasgo central que los caracteriza consistente en el control del decurso histórico-material por los discursos que visualizan y moldean aquél. Dicho mecanismo de dominación ha venido a añadir a la explotación económica y a la opresión política un elemento más velado y sutil puesto que permite el lograr la predefinición de los problemas, el control del conocimiento mismo y sus códigos y, en fin, la pautaación indirecta de las propias necesidades y posibilidades expresivas.¹ Ya el famoso lema macluhaniano hacía referencia al fenómeno; posteriormente, autores como Mc Combs han aludido a la función de agenda-setting de los media. C. Mueller, por su parte, ha expresado en síntesis el sentido unilateral del mensaje de los media: el lenguaje, inyectado de predefiniciones políticas plasmadas en interpretaciones oficiales y transmitidas por las agencias y procesos secundarios de socialización, se manifiesta como un importante factor que contribuye a la comunicación represiva y a la integración de las clases inferiores en el sistema político. Éste último no es algo cerrado, ni la sociedad es unidimensional, pero el poder del sistema consiste precisamente en aparecer cerrado y unidimensional.² También Habermas, en línea con lo anterior, estima que la actual forma de represión institucional consiste en el recorte o limitación de los discursos lingüísticos en el intento de mantener desde el poder a los interlocutores que forman la sociedad en un estado de pobreza discursiva que les prive de la misma concreción formal de sus problemas.³

Una de las más notables insuficiencias de las doctrinas democráticas contemporáneas es no haber sabido integrar la problemática que presentan los nuevos procesos de comunicación. Mientras el sistema polí-

tico y su encuadramiento normativo ha continuado ligado a concepciones de la comunicación propias de otra época, las revoluciones tecnológicas amenazan con dejar definitivamente inservibles las viejas categorías jurídicas en las que el principio democrático se venía expresando. Si la información y el control de los procesos de la comunicación es una de las facetas más relevantes del sistema político, o al menos, un requisito imprescindible para su eficaz ejercicio, el desarrollo técnico de los medios de comunicación ha de corresponderse con una forma peculiar de gobernar.

La Constitución española, como es suficientemente sabido, ha recogido algunos supuestos que pueden permitir un mayor control democrático sobre los medios de comunicación aunque no ha abordado la problemática desde una dimensión más global, desaprovechando con toda probabilidad una ocasión propicia. Bien es cierto que no podía contar con antecedentes o fórmulas constitucionales en las que apoyarse. Es más, como se ha puesto de manifiesto de diversas formas, la norma fundamental española aparece justamente en el momento en que se inicia, en el mundo occidental, una carrera hacia la privatización de los media. Se ha dedicado, en fin, un apartado del artículo 20 —donde se plantean determinados aspectos que confluyen en la libertad de expresión— a prescribir la participación ciudadana, si bien indirectamente, en los medios de comunicación de titularidad pública. El texto en cuestión establece que «la Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España».

El loable intento por facilitar de algún modo el control social de los medios de comunicación ha tenido sin embargo una dimensión limitada. Se refiere, por de pronto, a los medios de comunicación de titularidad pública, cuyo titular es el Estado u otros entes públicos (Comunidades Autónomas, Municipios) y se prevé la garantía de acceso a éstos de los «grupos sociales y políticos significativos». Diversas sentencias del Tribunal Constitucional han delimitado con más precisión el alcance de estas expresiones.⁴

Si se apuesta por la existencia de una sociedad participativa, ello sólo será posible en el caso de que haya una democratización real de los medios de comunicación social.⁵ Se afirma al mismo tiempo que, en orden a alcanzar este objetivo, es necesario fomentar el incremento de tales medios y su difusión sin caer en el dirigismo estatal. En este contexto, lo verdaderamente paradójico de la situación que se ha planteado en España en la última década, si bien refleja una situación generalizada en las democracias occidentales, reside en que justamente en el momento en que se consagra el derecho de participación en el ámbito de la comunicación social, al menos en el sector público, éste se ve afectado por un fuerte proceso tendente a la privatización de los media y a la firme expansión de la empresa privada en este terreno.

Se abren paso de este modo, en el ámbito de la comunicación las propuestas liberales que arrancan del primer pensamiento de este tipo debido a Mirabeau, Depont de Nemours o Turgot, y que persisten en la vieja idea de identificar los derechos fundamentales con el derecho de propiedad. Se propugna cada vez con más fuerza la liberalización de los medios de comunicación, entendiendo por tal, un modelo de comunicación en manos privadas al tiempo que se persigue el desmembramiento y la desarticulación del servicio público de la comunicación.⁶

Una manifestación típica de estas propuestas consiste en trasladar lo que tradicionalmente venía predicándose de la libertad de prensa— que el pensamiento liberal ha presentado, no sin razón, como el valladar más formidable frente a las ansias de poder estatal y cuyo paradigma venía representado por el pluralismo competitivo de las empresas periodísticas— a medios muchos más poderosos y de influencia social mucho más intensa, como es la televisión. Este paradigma, aplicable a la prensa y del que tenemos ejemplos ilustres, como parece fuera de toda duda, hace tiempo que ha dejado de tener virtualidad, si es que alguna vez la tuvo realmente. La propia libertad de empresa periodística —no hace falta demostrarlo una vez más— no se produce en un marco competitivo, sino cada vez más monopolístico, desarrollándose progresivamente una notable concentración de las mismas, no sólo en los Estados Unidos cuyo proceso de concentración viene de muy atrás, sino también en los diversos países europeos.⁷ El problema reside ahora en

que las propuestas de liberalización se centran en la radiodifusión y se cuestionan el modelo de «servicio público» que, hasta el presente, ha sido el modelo característico de la mayor parte de los Estados Europeos.⁸

En este contexto, la libertad mundial de mercado que se predica constituye el eje central de la expansión de la industria electrónica y telemática, afectada de un alto grado de concentración y localizada especialmente en Estados Unidos y Japón.⁹ Estas propuestas encierran de suyo una notable contradicción: mientras avanza la privatización de la Televisión en Europa por medio, sobre todo, de las nuevas tecnologías del cable y del satélite, los Estados Europeos (Reino Unido, Francia y República Federal Alemana, especialmente) están realizando un esfuerzo ingente de inversión pública en las llamadas infraestructuras básicas de la comunicación.¹⁰ La conclusión, pues, no puede ser otra que la de constatar la tendencia, no sólo a una progresiva concentración de las empresas de la comunicación en manos privadas —lejos por tanto de un marco idílico competitivo y pluralista— sino también a la emergencia de un contexto tecnológico total, de una verdadera lucha por la hegemonía en los flujos de la información.¹¹

Con el comienzo de la década de los años ochenta se produjo un incremento significativo de las inversiones públicas estatales en la creación de grandes estructuras de comunicación, las cuales han generado una fuerte demanda de componentes y de bienes de consumo en esta dirección. Por lo que se refiere a la CEE, no existe, sin embargo, una demanda suficiente que permita amortizar el coste de esas grandes inversiones, al menos a medio plazo. Se propone, pues, un uso posible de esa estructura comunicativa que consiste en la multiplicación de canales de televisión, hacia los cuales existe una demanda suficiente, y su cesión, en cuanto que empresas rentables, a la iniciativa privada. Se producen de este modo, dos órdenes de consecuencias: en primer lugar, la tendencia a reservar al sector público el esfuerzo inversor en infraestructuras informativas o a los sectores en crisis, reservando al sector privado las áreas expansivas. En segundo lugar, la multiplicación de la oferta televisiva en Europa deja al descubierto la incapacidad de estos canales para producir programas propios, puesto que no existe una industria

de producción suficientemente desarrollada en Europa, facilitando de este modo la penetración de productos extraeuropeos.¹²

El reequiciamiento de esta vasta problemática desde el ángulo democrático y constitucional, obliga entonces a establecer algunas observaciones, levemente insinuadas, no con el propósito, claro está, de concluir en nada, sino tan sólo de sugerir temáticas acordes con la naturaleza limitada de estas «notas».

En primer lugar hay que afirmar que la participación ciudadana, articulada a partir de fórmulas variadas, compatibles con el modelo jurídico-político global que formula la Constitución, supone la garantía más firme frente al peligro de manipulación comunicativa procedente del Estado o del sector privado. También es la mejor garantía frente al peligro —muy real a estas alturas— de neocolonialismo cultural, al riesgo de desaparición de las culturas nacionales o autóctonas y, por qué no decirlo, frente al peligro de disolución de la propia identidad personal.¹³ Es por ello que, partiendo de las exigencias que se derivan del modelo de Estado Social que la Constitución propugna, las libertades de expresión y de informar, en su dimensión subjetiva, no sólo ha de vincular a los poderes públicos, sino que, conforme a una interpretación sistemática del art. 53.1 en relación con el art. 9.1, ha de vincular también a los propios ciudadanos. Son derechos que han de ser contemplados tanto en su eficacia vertical, esto es, frente a los poderes públicos y el Estado en definitiva, como en su eficacia horizontal, esto es, aquélla que extiende su eficacia a las relaciones entre particulares, o según la expresión doctrinal alemana, la *Drittwirkung der Grundrechte*. Al amparo de esta posición puede recurrirse a la doctrina del Tribunal Constitucional cuando afirma «la radical nulidad de todo acto público o, en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución».¹⁴

La segunda observación es, no por obvia, menos pertinente. La generalización de las nuevas tecnologías está alterando los supuestos convenidos de los derechos fundamentales y la representación simbólica del fenómeno de la participación. Por de pronto, derechos tales como el de antena y el derecho de réplica, las nuevas fórmulas contractuales, el concepto de pluralismo político, están rebasando el cuadro jurídico-

político del Estado y se instalan en un escenario supranacional cuya estructuración jurídica es todavía una incógnita. Puede afirmarse con relativa claridad que el nuevo espacio de la comunicación y el viejo espacio jurídico del Estado-Nación no coinciden, independientemente de las causas que han producido la llamada revolución tecnológica en los sistemas de comunicación. Estos derechos han de adquirir, pues, una dimensión más funcional.

Por lo que se refiere al ámbito de la CEE, no puede dejar de mencionarse la respuesta a este reto, en lo concerniente a los derechos vinculados a la comunicación, que supone el programa del «libro verde» (sobre el establecimiento del mercado común de la rediodifusión, en especial, por satélite y cable,¹⁵ con el objeto de hacer posible la aplicación de las libertades básicas garantizadas en el Tratado de la CEE. Con todo, las propuestas del libro verde, han sido objeto de críticas¹⁶ porque la filosofía política que inspira este plan, basado fundamentalmente en un análisis económico de la libertad de circulación de la imagen televisiva, choca frontalmente no sólo con los sistemas de Televisión imperante todavía en Europa, sino también con su realidad política.¹⁶ No obstante, queda en pie el desafío por articular las formas de participación ciudadana a escala europea en este proceso. Los peligros subyacentes a la propuesta del libro verde son, pues, un cambio de las estructuras del Servicio Público en beneficio de la privatización y la comercialización; una tendencia al uniformismo cultural; un cuestionamiento de la autonomía cultural europea.¹⁷

La tercera observación se relaciona íntimamente con la anterior. Las fórmulas democratizadoras y participativas que logren abrirse paso en las nuevas estructuras comunicativas, sobre todo en el espacio europeo, habrán de encauzarse necesariamente por medio de la descentralización. Pero esta vía es hoy especialmente problemática. Lo que conocemos comúnmente por el fenómeno descentralizador en el ámbito jurídico-político se ha desarrollado en paralelo al desenvolvimiento del Estado de Bienestar o del Estado de Servicios, tomando impulso en el momento del máximo esplendor de esta forma de organización política y resultando finalmente afectado, en esencia, por la crisis de este modelo de Estado.¹⁸ Se ha producido, pues, un punto de inflexión. En la medida

en que los procesos de descentralización son consecuencia de la estructura que adopta el Estado de servicios, resulta evidente que el cuestionamiento de este modelo y de sus objetivos comporta el retroceso en la dinámica descentralizadora. Muy esquemáticamente: reducido el ámbito de los servicios que presta el Estado se reduce el proceso —o el instrumento organizativo— a través del cual se presta. De esta forma, la crisis del proceso de descentralización jurídico-administrativa plantea no sólo una modificación profunda en la estructura del estado social, sino también una crisis de los procesos administrativos y organizativos propios de los poderes públicos. La sociedad de la comunicación emergente desborda el marco jurídico de la sociedad estatal, pero ahora, ésta no se resigna a perder el control de los procesos que puedan desencadenarse en la periferia.

En este contexto, una aproximación a la noción de descentralización referida a los medios de comunicación lleva a afirmar que, en el nivel productivo, consiste en la apertura formas nuevas de creación, experimentación de modelos estéticos, introducción de nuevos lenguajes y participación creativa; en el nivel organizativo, en una articulación o distribución territorial de las nuevas estructuras integrantes del servicio público; en el nivel económico, en el establecimiento de las vías de financiación propias de una estructura periférica que aseguren su existencia diferenciada y el cumplimiento de sus objetivos.

Estas sugerencias, muy someras, acerca de la necesidad de una descentralización funcional, como vía participativa en el ámbito de la comunicación, suponen algo más, por último, que la distribución periférica de ciertas funciones. Implica, por el contrario, la creación de órganos territoriales de representación, con la consiguiente desjerarquización de los procesos de decisión;¹⁹ significa también una concepción que va más lejos del ámbito administrativo para instalarse en el ámbito de la autonomía política.

La lucha por conquistar nuevos mercados y la perspectiva de grandes negocios predominará en el futuro próximo en todo el mundo occidental. En estas condiciones hemos de esperar resistencias frente al papel de los servicios públicos, especialmente en el campo comunicacional. Pero ¿y los ámbitos regionales de las culturas minoritarias, las mi-

norías lingüísticas? En mi opinión, una descentralización virtual sólo será posible mediante una intervención de los poderes públicos que corrija la tendencia hacia la concentración. Un marco político, a nivel regional, puede ser el punto de partida que permita compensar las tendencias que se advierten ya con toda claridad hacia la homogeneización de los sistemas y productos comunicacionales.

NOTAS:

1. Rodríguez Ibáñez, J.E., R.E.I.S., 16.
2. Mc Combs M. y Shaw D.L., «The agenda-setting function of mass media», *Public Opinion quarterly*, 1972. Mueller, C «Notes on the repression of communicative behavior», en P. Dreitzer, *Recent Sociology*, N.Y., 1971. Vide también: Muñoz Alonso, A.: «Política y nueva comunicación. El impacto de los medios de comunicación de masas en la vida política»; Madrid, 1989. Botella, J. «Democracia, leyes electorales y nuevas tecnologías», en: «Telos», n.º 4, Madrid, 1985 y Graber, D.A. (Comp.): «El poder de los medios en la política». Buenos Aires, 1986.
3. Habermas, L. «Communication and the evolution of society», Boston; Beacon Press, 1979. Toward, «A theory of communicative competence», Dreitzer, P., *Recent sociology*, *ob. cit.*
4. Vide. S.S.T.C. 6/1981 de 16 de marzo, 12/1982 de 31 de marzo, 104/1986 de 17 de junio, 63/1987 de 20 de mayo, 165/1987 de 27 de octubre, 6/1988 de 21 de enero, 107/1988 de 8 de junio, 51/1989 de 22 de febrero así como STS de 2 de noviembre de 1982 (Ref. Ar. 6953).
5. García Cotarelo, R., «El modelo de sociedad», en *El futuro del socialismo*, Madrid 1986. Alcaraz Ramos, M. «Sobre las funciones de la libertad de expresión», *Telos*, n.º 14, 1988. Ingraio, P. «Estado, instituciones y participación», en: «CEUMT», n.º 22, 1980.
6. Gómez Reino, E. «Legislación básica del derecho a la información», Madrid 1985.
7. *Ibidem*, pág. 17.
8. Pere-Oriol Costa, «La crisis de la Televisión Pública», Barcelona 1986. Hodgson, P., «Les valeurs du service public. Passeport pour l'avenir», en «*Revue de l'Ver*», Vol. XL, n.º 3, Genève, 1989.
9. Asensi Sabater, J. «La Europa de la Televisión; reflexiones en torno a la descentralización», Valencia 1987.
10. Richeri, Doglio, Iseppi, «La Televisión entre el servicio público y negocio», estudios sobre la transformación televisiva en Europa Occidental, México 1983. Fritz, J. «La introduc-

- ción de la informática en los nuevos medios de comunicación», Valencia 1985. Ratzke, D. «Manual de los Nuevos Medios. El impacto de las tecnologías en la comunicación del futuro», México D.F. 1986.
13. Gómez Reino, E. «El Mercado Común y los medios de comunicación social», Telos n.º 3, 1985.
 14. S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre.
 15. «Televisión sin Fronteras» libro verde sobre la creación del Mercado Común de la Radio-difusión en particular, por satélite y por cable. Edición española: Instituto Oficial Radio y Televisión. Ente Público RTVE, Madrid, 1987. Directive du Conseil du 3 octobre 1989. «Télévision sans frontières». Revue de l'Europe, vol. XLI, n. 4 juillet, 1990, Genève. En la misma revista: Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière.
 16. Barlow, 1984.
 17. Asensi Sabater, J. *Ob. cit.* Richeri, *ob. cit.*
 18. De Cabo, C. «La crisis del Estado Social», Barcelona, 1986.
 19. Richeri, *ob. cit.*

Policía y Administración de Justicia (*)

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho Penal

*A quienes han sido mis
alumnos en la Universi-
dad de Alicante*

Quiero, en primer término, agradecer a los organizadores de este Seminario la invitación que me formularon para participar en el mismo, en el marco de las actividades que viene desarrollando la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.

La necesidad de una policía debidamente especializada, que cumpliera sus funciones en el orden judicial, con la necesaria independencia respecto al ejecutivo que ello requiere, justifica sobradamente este Seminario, tendente a analizar, por lo que a la Policía Judicial se refiere la confusa normativa existente al respecto, lógica consecuencia de haber estructurado un modelo de Policía Judicial poco comprometido.

I. Análisis de regulación sobre Policía Judicial

No es el momento de reiterarles y explicarles la normativa que se encuentra vigente sobre la Policía Judicial. Sin duda que ya habrá sido analizada en este Seminario. Sólo recordarles o enunciarles la misma a efectos de situar lo que considero ideas básicas de dicha regulación.

(*) Intervención en la Mesa Redonda que tuvo lugar el día 18 de julio de 1989 en el Seminario «Policía y Sociedad», organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo y la Dirección General de Policía, y celebrado en el Palacio de La Magdalena de Santander.

En el orden constitucional debe significarse que junto con el artículo 104 de la Constitución, en el que se establece la dependencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Gobierno y delimita su misión en cuanto a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y a garantizar la seguridad ciudadana, el artículo 126 especifica que:

«La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.»

El mencionado precepto constitucional supone, sin duda, un importante avance desde la perspectiva de consolidación del Estado de Derecho. No obstante, el avance puede ser más formal que real. Estamos ante un precepto aceptable en la forma, inexpresivo en el fondo e insuficiente por razones históricas y políticas. Valoración general en la que coincido y me remito a Ruiz Vadillo.

En el ámbito de la legislación ordinaria recordar la antigua, pero vigente regulación, del artículo 282 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), los artículos 443 a 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los artículos 29 a 38 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), y el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de la Policía Judicial (DPJ).

1.—De este conjunto normativo cabe desprender que la Policía es Policía Judicial en todo caso, en tanto actúe como tal. No obstante, varían sus cauces de intervención de acuerdo con un sistema de *organización de la Policía Judicial*, al que claramente se refiere Moreno Cateña, distinguiendo en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en general, como Policía Judicial, las Unidades Orgánicas de Policía Judicial y, en tercer lugar, las llamadas Unidades adscritas de Policía Judicial que como parte de las anteriores se adscriben materialmente a los órganos judiciales. Puede decirse que estas últimas unidades son las que requieren una mayor especialización, las que en realidad gozan de esa estrecha relación con los órganos judiciales y fiscales, por más que los niveles de especialización sean exigibles al conjunto de las unidades orgánicas.

Debe significarse que las referidas Unidades Orgánicas, y en consecuencia las adscritas al ser parte de ellas, vienen integradas por Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, sin que *en sentido estricto* sean Policía Judicial las policías autonómicas y las locales, por más que puedan cumplimentar las funciones genéricas de policía judicial y labores de auxilio a las unidades de Policía Judicial, bien por requerirlo el órgano judicial o fiscal o por solicitar en colaboración miembros genuinos de las Unidades de Policía Judicial (ver art. 29.1. LOFCSE). En la práctica es fácil obviar las dificultades formales que existen para la colaboración de las policías autonómicas y locales. No obstante, sería deseable que las diferentes clases de policías pudieran integrar las unidades orgánicas y adscritas de policía judicial, para lo que sería necesario modificar la regulación al respecto.

2.—Las *competencias* atribuidas a la Policía Judicial derivan con carácter genérico, del artículo 126 de la Constitución: *averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente*. Funciones que se reproducen expresamente en el artículo 443 de la LOPJ, si bien se especifican las propias de las unidades de Policía Judicial en el artículo 445 de esta última ley.

Por más que estemos ante funciones específicas, atribuidas a la llamada Policía Judicial o mejor a sus unidades, es lo cierto que ello no excluye la posibilidad de acudir con carácter general a los diversos cuerpos de Policía y para muy variados temas, referidos al ámbito penal o no.

Partiendo de que la realidad nos indica que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tiene relación con la actividad judicial en un porcentaje más elevado, es lo cierto que puede suscitarse una cierta insuficiencia de competencias, si las contamos en los términos antes dichos. En este sentido se ha puesto de manifiesto la infrautilización cualitativa y cuantitativa de la Policía Judicial, por parte de los propios titulares de los órganos judiciales. Así debe destacarse la posible intervención de esta clase de Policía en cuestiones de orden civil (así, Ruiz Vadillo) e incluso en el ámbito penal en su dimensión preventiva.

Estas últimas funciones o misiones preventivas, a las que incluso se refiere el artículo 33 LOFCSE, no empañarían la nota de exclusividad

en sus funciones, que como característica específica requiere Segovia al configurar el concepto de Policía Judicial, ni menos aún se impide por los angostos términos en que configura el artículo 19 del Decreto 769/87 las funciones antedichas, dada la remisión específica que efectúa el citado artículo de la LOFCSE y al artículo 445 de la LOPJ, de tenor este último ciertamente amplio.

3.—Ciertamente que la nueva regulación de la Policía Judicial supone un avance desde la perspectiva de la *independencia judicial*; en ese sentido debo *valorarla positivamente*. De una concepción de dicha policía, a la que se atiene esencialmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cifrada en la idea de *auxilio* a la función judicial se pasa a la *dependencia funcional*. Esto es importante, ya que permite profundizar en el concepto de independencia judicial y supone en definitiva un aseguramiento de la misma (de Esteban y López Guerra).

Pero, además, este proceso que podría calificarse de judicialización de la policía, permite no sólo garantizar en mayor medida la predicha independencia, sino también otorgar una mayor eficacia a la investigación policial, en el orden criminal, sobre si nos atenemos a la proyección jurídica que luego debe tener tal actuación.

Desde la perspectiva de la independencia judicial debe recordarse que la dependencia funcional de la Policía va a permitir con mucha mayor fluidez y garantía que sea el propio juez quien determine los criterios de inicio de la investigación criminal, seleccione los temas con evidente incidencia jurídico-penal y también indique cómo se realiza la investigación, preservando derechos fundamentales y planteando en términos jurídicos pruebas, de modo que luego sean viables también jurídicamente en el proceso, y finalmente valore los resultados de dicha investigación; valoración que no podrá estar teñida por criterios de oportunidad, sino por imperio del principio de legalidad. Se conjuga, en suma, mayor eficacia de la investigación con profundización de la independencia judicial.

Garantía de tal independencia es que la adscripción de policías a las unidades de policía judicial en sentido estricto, lo sea con *carácter permanente*. Nota esencial a la que alude Segovia al conceptuar esta clase de policía.

Esa nota de *permanencia* supone la garantía de no remoción de los miembros adscritos a la unidad de policía judicial. Garantía que se contiene en los artículos 446 de la LOPJ, 34.1 de la LOFCSE y 16 del DPJ. En igual medida, habrá que incluir en el ámbito judicial la posibilidad de instar el ejercicio de la actividad disciplinaria.

Consecuencia de dicha característica será que los miembros de la Policía Judicial actuarán *siempre* según instrucciones del órgano judicial, o del fiscal en su caso, no pudiendo recibir instrucciones contrarias, o mejor cumplirlas, de superiores orgánicos, siquiera sean de orden técnicos. Están a las órdenes del Juez o Fiscal, y sólo se atienen a las instrucciones de éstos. En este sentido, es significativo el artículo 11 del DPJ.

Profundamente vinculado con la garantía de la no remoción, está el de la potestad para cesar, ya que aquella garantía quedaría sin contenido si dicha potestad se hiciera residir, sin más, en el ámbito del ejecutivo. El art. 24 del DPJ establece también la garantía de permanencia, y establece un cierto control de la misma por parte de la Comisión Provincial de Coordinación, la que en todo caso deberá emitir previo informe favorable, «con carácter preceptivo y vinculante», cuando un miembro de la Unidad vaya a dejar de pertenecer a la misma. Ha igual conclusión debe llegarse cuando se trata de ceses por causa legal o traslado. Cierto es que a su través no pueden entenderse más que justas causas para dejar de pertenecer a tales unidades. En todo caso, en garantía de que ello sea así y en orden a no perturbar el buen fin de posibles investigaciones en curso, no estaría de más una interpretación del artículo 24 del DPJ que diera juego a la Comisión Provincial de Coordinación en orden a controlar tales situaciones igualmente, debiera darse un papel más relevante al Juez o Fiscal que en ese momento esté dirigiendo la investigación, cuando cese el funcionario policial; cese que puede suponer graves perjuicios para la investigación en algunos casos. En ese sentido, debiera modificarse el artículo 16 del DPJ. Piénsese que, de contrario, puede vulnerarse el fundamento mismo, antes referido, de la no remoción y la finalidad del art. 446 de la LOPJ y del art. 34.1 de la LOFCSE, «en la remoción y separación, la excepción se puede convertir en regla general, ya que orgánicamente dicha Policía depende del Ministerio del Interior».

4.—En todo caso, la *doble dependencia* de la Policía Judicial, que en realidad más se parece a auténticas situaciones de doble personalidad que en la práctica, en casos límites, pueden producir auténticos planteamientos que alegóricamente calificamos de esquizoides, nunca debe interpretarse o llevar a consecuencias restrictivas de la independencia jurisdiccional.

Por más que puedan existir poderosas razones para mantener la dependencia orgánica del Ministerio del Interior (a las que alude Moreno Catena), es lo cierto que el artículo 126 de la Constitución alude a una dependencia esencial de la Policía Judicial que en ningún caso debe limitarse por dependencias orgánicas de la clase que fueren, a las que por cierto no alude dicho precepto constitucional. En ese sentido, prima en todo caso, sobre cualquier otra consideración, la llamada dependencia funcional, y si existen problemas derivados de la dependencia orgánica que directa o indirectamente afecten a la funcional, deben solventarse siempre en favor de la función constitucional expresamente referida en el artículo 126 citado. Y en caso de colisión entre preceptos ordinarios, hay que atenerse siempre a criterios de interpretación que potencien la independencia judicial y que sea conforme a la Constitución.

II. Referencia a cuestiones en particular

La dependencia funcional a que se encuentra sometida la Policía Judicial, la interpretación conforme a la Constitución que impera ante cualquier conflicto que surja con motivo de situaciones derivadas de su dependencia orgánica, debe redundar, como ya se ha dicho, no sólo en una profundización de la independencia judicial sino también en una mayor virtualidad y eficacia de la investigación criminal, que siempre deberá producirse conforme a los derechos fundamentales.

Voy a plantear alguna cuestión concreta, susceptible de ser debatida en ulterior coloquio, que considero pueden adquirir relieve en el marco de este Seminario.

1.—Por lo que se refiere a los *atestados* que practique la Policía Judicial, hay que afirmar que su consideración jurídica como *denuncia* sigue siendo inamovible (así, Queralt y Jiménez).

No obstante, debe destacarse la importancia de la estructuración de las Unidades adscritas, desde la consideración de su necesaria especialización y formación técnica y habida cuenta que actuarán bajo la dirección jurídica que su actuación tendrá por parte del Juez o Fiscal. Ello deberá repercutir en una mayor eficacia de la investigación en curso y en un incremento de seguridad jurídica de la policía actuante y de virtualidad jurídica de su actuación en el posterior procedimiento. Al menos, así debería de ser.

En este ámbito, debe subrayarse el papel de la figura del *Comisionado*. Tal calificación no atribuye mayores consecuencias jurídicas a su actuación. La «especial consideración» a que se refiere el art. 14 del DPY (ver también el art. 11), es sólo estrictamente técnica, en el marco del «valor reconocido en las leyes», que no es otro, como ya se ha dicho, que el de denuncia.

Como igualmente se ha señalado, su actuación habrá de significarse en orden al fortalecimiento de la investigación, a no perjudicar su continuidad y la averiguación de delito realizado y de cara a posibilitar en mayor medida la reproducción probatoria en el procedimiento penal y, en última instancia, en el Juicio Oral.

Piénsese que incluso las diligencias de investigación que promueva el Ministerio Fiscal, a cuyas órdenes está la Policía Judicial, tampoco tienen mayor valor jurídico que el ya aludido. Lógico es que circunscribamos, en consecuencia, las actuaciones de la Policía Judicial en los términos dichos. La presunción de autenticidad que las investigaciones del Fiscal tienen, según el artículo 5 de su Estatuto, no se refiere más que al hecho de la incoación de dichas diligencias y que las actuaciones que se dice haber llevado a cabo efectivamente lo han sido (así, Varela Castro). Pero no ofrecen prueba respecto la realidad material a que se refieren dichas actuaciones. En la misma línea debe interpretarse el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado en la reforma de 1988, que en el fondo nada nuevo ofrece en esta materia, respecto a las funciones y validez jurídica de sus actuaciones, en relación con las que ya le atribuía el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981. La reforma citada no ha tribuido, como algún sector doctrinal pretendía, auténticas funciones instructoras al Fiscal.

Desde la perspectiva de la eficacia y virtualidad jurídica de su actuación, la dirección técnica antes aludida ofrece mayores posibilidades reales de que los *reconocimientos* se practiquen con las necesarias garantías jurídicas (art. 369 Lecrim.), evitando invalidaciones posteriores por defectos en su práctica, o de que las actuaciones en *entradas* y *registros* tengan también lugar con las imprescindibles garantías jurídicas (art. 545 y sgs. Lecrim.); haciendo constar en las circunstancias del art. 551 de la Lecrim. el consentimiento expreso, con la autorización judicial a que se refiere el art. 558 de la Lecrim, y llevando a cabo su práctica con presencia del Secretario y dos testigos y presencia del Juez o delegado (art. 572 Lecrim.), pudiendo plantear respecto este último la intervención del Comisionado.

Consecuencia de lo anterior es la adopción de las garantías que establece la Lecrim. en orden a la *preservación del objeto del delito*, dado que supone una actuación que preconstituye prueba. Dada esta proyección jurídica en el procedimiento penal ulterior habrá que requerir la presencia judicial (art. 574 Lecrim.) en tal caso. Así, se ha afirmado que «debido a la circunstancia de que la finalidad del registro es recoger los efectos e instrumentos del delito, o lo que es lo mismo, *preconstituir la prueba*, disponiendo su custodia hasta el momento del Juicio Oral, dicho acto ha de revestir las notas esenciales de la *prueba*: la intervención de la Autoridad Judicial, de un lado, y la posibilidad de contradictorio de otro» (Gimeno). En esta línea, dicho autor reputa desafortunado el art. 28, pf. 2.º, e), que atribuye entre otras funciones a las Unidades Adscritas la práctica de la «recogida de pruebas», ya que la policía, sea o no judicial, no puede por sí misma recoger prueba alguna, pues la prueba requiere la intervención de una Autoridad institucional dotada de independencia judicial. Sin intervención judicial, se afirma, no hay prueba, sino meros actos de investigación, que en ningún momento pueden fundamentar, por sí solos, una sentencia condenatoria. De contrario se vulneraría la presunción de inocencia. Estamos, creo, ante una posición doctrinal acertada.

2.—Interesa hacer alguna precisión sobre el *derecho de información* y el necesario y legalmente exigible *secreto* que se proyecta sobre las actuaciones de la Policía Judicial.

Con independencia del efecto preventivo-general que quiera atribuirse a la información pública relativa a las actuaciones policiales en relación con el genérico derecho a la información, es lo cierto que las posibles informaciones de la actuación en casos concretos de la Policía Judicial habrá de someterse siempre a la consideración del Juez o Fiscal a cuyas órdenes se actúe, y en todo caso habrán de tenerse en cuenta las responsabilidades que se deriven, penales o disciplinarias, como consecuencia de revelaciones que afecten a la investigación y por su infundada influencia en el derecho constitucional a la intimidad y al honor, protegidos por el artículo 18 de la Constitución. Responsabilidades que derivarán de lo previsto en el art. 301 de la Lecrim y más aún si el procedimiento está declarado secreto incluso para las partes, habida cuenta lo prescrito en el art. 302 de la Lecrim. Responsabilidades penales en concepto de descubrimiento y revelación de secretos y responsabilidades disciplinarias, derivadas de la obligación de reserva, conforme al art. 15 del DPJ.

Debe significarse que las responsabilidades que derivan de tales preceptos de la Ley rituarial criminal afectan a la Policía Judicial y también al Ministerio Fiscal, y por supuesto al órgano judicial, siendo disponible tan sólo en ese marco una información general, de carácter sólo procedimental, que no afecte a la investigación en curso ni a los derechos fundamentales del art. 18 de la Constitución y que no conviertan en una paradoja injustificable el secreto en su caso acordado para las partes, ni la real indefensión que para estas supone la adopción del secreto.

3.—Por lo que se refiere a la *doble dependencia funcional* de la Policía Judicial, al Juez y al Fiscal, debe decirse que las Unidades adscritas están indistintamente afectas a ambos órganos. Así se concluye expresamente de lo regulado en la LOPJ, LOFCSE y DPJ.

El art. 789, en su texto conforme a la Ley 7/88, establece que la Policía remitirá el original del atestado al Juez y copia al Ministerio Fiscal.

Por su parte, el art. 284 de la Lecrim establece que la Policía Judicial participará la instrucción de diligencias a la Autoridad Judicial o al representante del Ministerio Fiscal. Alternativa que parece concretar

el art. 20 del DPJ. en los siguientes términos: «Cuando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente».

Sin duda que este precepto del DPJ de 1987, parte de las funciones que ya el art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal atribuía a éste, y parece ir en la línea de reforzar las competencias del Fiscal en una auténtica actividad instructora. Estos intentos, que no han llegado a término en la reforma de la Lecrim. de 1988, son claramente y con fortuna criticado por Segovia: «Parece que este Decreto intenta separar entre la instrucción material a cargo del Ministerio Fiscal y la formal atribuida al Juez; y aparte de que un Decreto no puede alterar el sistema vigente, es un intento de suprimir la instrucción a cargo del Juez y encomendarlo al Ministerio Fiscal». Frente a las ventajas que pueda comportar la unidad de criterio, suscita dicho autor las desventajas del pretendido sistema desde la perspectiva del principio de legalidad, reafirmando la necesidad de mantener la instrucción bajo el manto de la independencia judicial, al margen del principio de oportunidad y de cualquier intromisión de cariz político, la que afirma «es evidente que puede producirse por el carácter político que puede tener la actuación del Ministerio Fiscal».

Ciertamente que el citado precepto se sitúa, como se ha dicho, en un momento en que pretende formular de nuevo el modelo de procedimiento en la Lecrim, con la polémica surgida sobre la atribución o no de la instrucción al Ministerio Fiscal.

Debate que se ha reproducido con la ya mencionada Ley 7/88, de 28 de diciembre, que plantea un *conflicto aparente* entre el art. 785 bis y el art. 789, ambos de la Lecrim, pues si bien el primero regula las dili-

gencias de investigación del Fiscal, actuando a sus órdenes la Policía Judicial, el segundo de ellos comienza aludiendo a la obligación de la Policía Judicial de entrega de los atestados al Juez, con remisión de copia al Ministerio Fiscal.

Considero que realmente el art. 785 bis de la Lecrim no atribuye al Fiscal competencias que no tuviera ya por el art. 5 de su Estatuto.

Si es la Policía la que inicia un atestado, habrá de dar cuenta del mismo al Juez y copia al Fiscal. Al recibir el Juez dicho atestado se habrán ya incoado, si procede, las pertinentes diligencias; luego el Fiscal no podrá dirigir la investigación por sí mismo, siquiera sea porque lo establece el art. 785 bis. 3, dado que ya existe un procedimiento judicial sobre los hechos.

Dicho precepto de la Ley procesal penal permite, en suma, que el Fiscal dirija investigaciones si es por propia iniciativa, y no a instancias de un atestado ya incoado por la policía y en tanto no exista un procedimiento judicial. En tal caso, puede persistir en su investigación en tanto no haya persona concreta a la que imputar un delito, ya que en el momento de la investigación en que surja esta circunstancia, habrá de cesar en su investigación y remitir al órgano judicial competente lo actuado, por respeto al principio de tutela judicial efectiva y al derecho de defensa (art. 24 de la Constitución), posibilitando se haga efectivo y se cumpla lo dispuesto en el art. 118 de la Lecrim., eludiendo prácticas que generan indefensión de seguirse otro criterio. En tales diligencias de investigación fiscal la persona a la que se tiene por imputada no puede ejercer tales derechos con plenitud; y piénsese que a partir de que se tienen datos ciertos de su posible condición de imputada debe comunicársele, pues de contrario se vulneran los preceptos constitucionales precitados, y más aún si interviene en las diligencias del Fiscal como si fuera testigo, cuando realmente no lo es.

III. Conclusiones

Mi intervención en esta sesión debe finalizar, estableciendo las siguientes conclusiones generales:

1.—La nueva regulación de la Policía Judicial, pese al modelo deliberadamente ambiguo adoptado, supone un avance desde la perspectiva de la independencia del Poder Judicial y de la eficacia material y jurídica de la investigación.

2.—Es necesario que se profundice en la formación especializada de los miembros de las Unidades Adscritas y que se potencie la sensibilidad judicial y policial sobre la exigible colaboración en orden a que en la práctica la Policía Judicial pueda efectivamente cumplir las funciones encomendadas. Sensibilización judicial en orden a que se utilicen realmente los instrumentos de investigación que la Ley ha puesto en sus manos. Sensibilización policial en orden a la exclusiva puesta a disposición, a los efectos de la investigación criminal, del Juez y, en su caso, del Ministerio Fiscal.

3.—La función atribuida al Ministerio Fiscal por la reciente normativa estudiada, nada nuevo añade respecto a la situación anterior y en concreto la derivada del Estatuto del Ministerio Fiscal. La mera investigación ni le estaba, ni le está vedada. Más aún, es conveniente por razones de dirección técnica y jurídica de la investigación. Sin embargo, no le está encomendada la instrucción. En el actual sistema procesal penal no son admisibles actuaciones que invadan la esfera judicial.

4.—Necesidad de desarrollar determinados contenidos del DPJ, en orden al mejor funcionamiento de la Policía Judicial, sobre:

a.—Naturaleza y funciones del Comisionado.

b.—Incidencia de la dependencia orgánica en la funcional, p. ej. en materia de ceses.

c.—Relación orgánica entre miembros de Unidades adscritas con mandos de Cuerpos de Seguridad, por razones de exigencia de la investigación criminal, sin que ello interfiera en la dependencia funcional.

5.—Necesidad de atribuir los medios materiales y humanos necesarios que hagan viable y efectivo el establecimiento real de las Unidades adscritas en las correspondientes Audiencias. De lo contrario, una vez más nos encontraremos con una prometedora reforma, con los defec-

tos que se quiera en el orden conceptual y jurídico-práctico, pero con la peor de las limitaciones: la insuficiencia, sino carencia, para cumplir efectiva y eficazmente sus funciones. Quierase o no el hecho de situar materialmente a las Unidades adscritas en las sedes de las Audiencias o Juzgados es significativo para la configuración de la Policía Judicial como elemento de profundización de la independencia judicial.

Occupatio Apis

FERMÍN CAMACHO DE LOS RÍOS

De los modos de adquirir la propiedad, con motivo de la distinción entre las diversas categorías de cosas, nos informa Gayo en el Lib. II de sus Instituciones.

Como sabemos, Gayo indica que las *res Mancipi* se transmiten por *mancipatio* e *in iure cessio*, mientras las *res nec Mancipi* se *traspasan* mediante *traditio*; y en una obra también atribuida a Gayo, los *Libri rerum cottidianarum*¹ reflejada en D.41, 1,1pr, se nos indica, que existen dos grandes sistemas de adquisición de la propiedad; o a través del *ius gentium* o bien según el *ius civile*, excluyendo este último a los extranjeros del *Dominium ex iure Quiritum*.

La distinción antes aludida es la única que hallamos en las fuentes. La otra, ampliamente tratada por los juristas modernos, entre modos de adquirir a título originario y a título derivativo es, según De Francisci,² desconocida para los romanos.

Originaria es la adquisición por la que se llega a ser titular de un derecho que antes no pertenecía a nadie, mientras que en los modos derivativos se produce una sucesión a título particular en un derecho que antes pertenecía a otro. De aquí que esta segunda categoría lleve implícita, necesariamente, una relación entre el transmitente y el adquirente.

Dentro de los modos de la adquisición a título originario, la *occupatio* (que deriva de *capere* = aferrarse) se configura,³ nos indica Voci,⁴ cómo el modo más antiguo y principal de adquirir la propiedad. Esto ya nos lo recuerda Gayo en Inst.IV.16,⁵ así como D.41,1,1pr. y en las Inst. II,1.11.

De aquí que la idea de ocupación, como advierte Volterra,⁶ aparte de rebasar con mucho las fronteras del Derecho Privado, ha sido con frecuencia utilizada, por su amplio respaldo filosófico, en disputas ideológicas bien para proteger la propiedad privada frente a las corrientes colectivistas, bien como teoría útil para explicar el fundamento mismo del derecho de propiedad.

La *occupatio* podría definirse, como la aprehensión de una cosa que no pertenece a nadie (*res nullius*) con la intención de retenerla para sí como propia.

Según Gayo (D.41,1,3) *quod enim nullius est, id rationi naturali occupanti conceditur*. Estas palabras, casi literalmente repetidas —en relación con la *occupatio* de animales salvajes— por un párrafo de las Instituciones (Inst. II,1,12), han constituido, en lo sucesivo, la base de una noción que se ha mantenido inalterable hasta nuestros días.

En la práctica, para que la *occupatio* lleve consigo la adquisición de la propiedad, exige el concurso de tres requisitos:

a) *La idoneidad de la cosa para ser adquirida de tal modo*. En términos absolutos, no podemos establecer una identidad entre *res nullius* y *res* ocupable, al menos para el Derecho Clásico. Sin embargo sabemos que en las escuelas postclásicas se fue afirmando paulatinamente, gracias a tendencias fundamentalmente de índole iusnaturalistas, la nueva concepción de las *res nullius* como cosas susceptibles de apropiación por el primero que las ocupe.

b) *La aprehensión de la cosa*. Quizá sea preferible hablar de aprehensión, como hace Volterra,⁷ en lugar de la *possessio* comunmente utilizada, para indicar la necesaria y directa relación material del sujeto adquirente y la *res* ocupable. En efecto, una vez que tiene lugar la aprehensión de la cosa, con la específica intención de retenerla como propia, se perfecciona su adquisición, sin que podamos localizar ningún período intermedio cualificado como *possessio*.

c) *Intención de retenerla para sí*. No es necesario, que se tenga la intención contemporánea de convertirse en propietario. Inicialmente, es irrelevante que el sujeto que aprehende la cosa, conozca el efecto ju-

rídico de tal acto, el de adquirir la propiedad. La adquiere en todo caso, salvo, como en cualquier tipo de adquisición, aquel que no tiene capacidad jurídica suficiente para realizar válidamente dicho acto.

En este sentido, resulta necesario determinar el objeto de la *occupatio*. Para concretar qué cosas pueden ser adquiridas a través de la misma, se debe tener bien presente qué consideraban los juristas romanos como *res nullius*.

Está pacíficamente adoptado por la doctrina, así como corroborado por las fuentes, que estas, las *res nullius*, son consideradas generalmente como aquellas *res* que, en el momento actual, no se incluyen dentro del patrimonio de ningún sujeto.

Tradicionalmente, se indican que son susceptibles de ocupación todas las *res nullius*. En otros términos, las cosas que no tienen un propietario o, en ciertos casos, aquellas que se encuentran abandonadas (*res derelictae*).⁸ Sin embargo, del examen de las fuentes, en torno a las diferentes categorías de *res*, se comprueba el error de identificar plenamente *res nullius* con *res* ocupable, equívoco procedente, probablemente, de la poca afortunada redacción de D.41, 1, 3 (Gayo II, *res cott*). *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*.

En atención a la dificultad de identificar *res nullius* y *res* ocupable se han preocupado y se preocupan numerosos romanistas.⁹ Estos, ante los datos de las fuentes, han comprobado la dificultad de hacer esta absoluta y plena homologación.

Que todas las *res* definidas como *nullius* son adquiridas a través de la *occupatio* es, en efecto, una afirmación inexacta, al menos para el Derecho Clásico. Baste considerar, en primer lugar, el caso de la *res hereditae* antes de la *aditio*, para comprobar cómo las fuentes (Gayo II, 9 y D.1,8,1 pr), aunque la consideran una *res nullius in bonis*, descartaban explícitamente su adquisición a través de la *occupatio*. Para la adquisición de su dominio, era necesaria su posesión anual, situación fáctica que haría fructificar la *usucapio pro heredere*.

Junto a estas *res hereditae*, las fuentes consideran también como *res nullius* a las *res divini iuris* en D.1,8,6,2 y a las *res publicae* en D.1,8,1

pr. Aunque, como cosas restringidas al tráfico comercial y a la estricta propiedad particular, sabemos con certeza, que ninguna de ellas era susceptible de ser adquirida a través de la *occupatio*.

En definitiva, a través del análisis de los textos, encontramos, como nos indica Voci,¹⁰ las cosas susceptibles de *occupatio*, indudablemente *res nullius*, junto a otras categorías de *res* —las *divini iuris* o las *res publicae*— que, aun siendo consideradas por estas mismas fuentes *res nullius*, no son sin embargo susceptibles de ser adquiridas a través de la *occupatio*.

De aquí que nos parezca infundada la posición tradicional que, estudiando sobre la base de un concepto probablemente dogmático y post-clásico, establecía, en términos absolutos, una plena identidad entre *res nullius* y *res* ocupable.

Al menos para la jurisprudencia clásica, el concepto de *res nullius* no coincide con aquel de cosa ocupable, aunque pudiera asumir el significado más genérico de cosa que, desde un punto de vista privatístico, no tiene en la actualidad un *dominus*.

Dentro de la categoría de *res nullius* (o más exactamente *res* susceptibles de ocupación) las fuentes nos informan de seis supuestos básicos de *occupatio*:

Insula in mari nata. La isla nacida en el mar, al no tener dueño efectivo anterior, se hace propiedad del primero que la ocupe. Junto a esta *Insula in mari nata* también son consideradas *res nullius* susceptibles de *occupatio* las piedras, gemas y perlas encontradas en la orilla del mar que se hacen del primero que las aprehenda.

Insula in flumine nata. La isla nacida en el río obliga a distinguir, según los juristas clásicos, si el río era público o privado. Si era público y los fundos estaban limitados, la isla podía ser ocupada por cualquiera; mientras que si los fundos no estaban limitados la isla accedía a los predios ribereños. Si el río era privado, accedía a la propiedad del fundo correspondiente.

Res hostium. Podía adquirirse, a través de la ocupación, la propiedad de las cosas pertenecientes al enemigo o a poblaciones con las que

Roma no tenía tratados internacionales, y que por ende sus súbditos no tenían protección jurídica alguna. Esta regulación, se aplicaba igualmente en contra de los ciudadanos romanos. Si una cosa, propiedad de un ciudadano romano, caía en manos de un extranjero sin tratados, se consideraba que esta *res* se había convertido en *res nullius* y sobre ella había cesado todo tipo de propiedad.

Las *res derelictae*. Estas suponen una actividad o comportamiento del *dominus* que, de modo expreso o implícitamente, revela una voluntad de abandonar la propiedad de las mismas. Distinta es la situación de las cosas simplemente perdidas, donde el dueño no tiene un *animus derelinquendi*, esto es, intención precisa y expresa de renunciar a su propiedad.

Según el Derecho Justiniano —recordando la opinión de Sabino y Casio— el dominio se pierde en el momento mismo del abandono. Solución bien distinta de la que parece defendía Proculo, quien sostenía que hasta que alguien no se apoderaba de la cosa, el dominio del dueño anterior no se extinguía.

Algunos tratadistas modernos, Bonfante¹¹ y Silvio Romano,¹² no consideran que las *res derelictae* admitieran la *occupatio* sin una *traditio* o entrega a persona indefinida, sin embargo no podemos ignorar que en el Bajo Imperio existía una modalidad especial del *occupatio*, la ocupación del *ager desertus*, que chocaba con este supuesto principio. Si alguien tomaba en posesión y cultivaba un fundo abandonado por su dueño, y transcurrían dos años en tal estado, no se admitía la acción reivindicatoria del dueño negligente. Así como otra Constitución también estableció que, si el dueño de un fundo abandonaba éste, manifestando no poder pagar los tributos, previo un requerimiento con un plazo de seis meses, la finca se hace propiedad de cualquiera que, comprometiéndose a pagar los tributos devengados, se apodere de la misma.

Veamos ahora la caza y la pesca. Está generalmente admitido que tanto la una como la otra, han constituido unas de las primeras formas de propiedad. En este sentido, el paso de la caza a la cría de ganado, es la base sobre la que con frecuencia se justifica el incremento de la

propiedad individual frente al declive del orden comunitario primitivo, típico de la antigua sociedad gentilicia.

Como principio general, el cazador adquiere la propiedad del animal abatido o simplemente capturado. No cualquier animal, debe ser uno que viva en estado de libertad natural —*naturalis libertas*—. Los animales domésticos no pueden ser ocupados, aun hayan huído de la custodia de su dueño. Sólo una salvedad: son ocupables los domesticados que han huído de la custodia de su dueño y perdido, a su vez, el *animus revertendi* (D.41,1,5,2-6).

Entre este tipo de *res*, que viven a su libre albedrío, se encuentran las *ferae bestiae*, es decir, los animales salvajes que no se encuentran *sub custodia aliena*. En otras palabras, aquellos que no estando confinados pueden moverse a su arbitrio, en definitiva que gozan de *naturalis libertas*.

En las fuentes, como nos recuerda Lombardi,¹³ podemos encontrar abundantes referencias a estos animales en dos acepciones bien diferentes que en ocasiones se confunden.

Un primer sentido, los animales salvajes, desde una perspectiva amplia y genérica, son tanto los fieros *ferae bestiae* como los amansados *mansuetae*. Y un segundo significado, mucho más estricto y específico, comprendería únicamente a los salvajes con exclusión de los amansados.

En realidad debemos observar que el planteamiento es un tanto ficticio. La naturaleza original de los animales amansados es en general también salvaje aun cuando han sido enseñados a retornar.

En todo caso, como se deduce del mismo término *mansuetus*, todos los animales amansados son de naturaleza salvaje (de lo contrario no sería necesario su adiestramiento) y continúan teniendo, si quiera de forma latente, esa naturaleza salvaje aún después de haber sido domesticados. Estos, los amansados, se diferencian de los estrictamente salvajes sólo en el *animus revertendis* —*habitus revertendis*, término que creemos más preciso—,¹⁴ único requisito necesario para que no sean ocupados por terceros; apenas pierden el hábito de ir y volver, reco-

bran su naturaleza salvaje que nunca perdieron. En otras palabras, son salvajes por naturaleza y amansados por el hábito.

Para mayor precisión, como advierte Lombardi,¹⁵ la distinción entre *ferae bestiae* y *bestiae mansuetae* se debe contemplar desde una vertiente estrictamente jurídica: los salvajes son objeto de apropiación por el primero que los ocupe, excepto si se les enseña a ir y volver; mientras conserven este *animus revertendi* no pueden ser ocupados, perdido el hábito son de nuevo apropiables por el primero que los aprehenda.

Antes de entrar a analizar si las abejas son consideradas en las fuentes como animales salvajes o amansados, es imprescindible poner de relieve que el problema jurídico que plantean las abejas deriva de las leyes naturales que informan su comportamiento y se centran sobre el enjambre como comunidad.

A este tenor serán útiles algunas precisiones, unas sobre el comportamiento antes aludido, otras terminológicas.

Como nos recuerda Liñán y Heredia, los antiguos autores dedicaban a la apicultura los más minuciosos esfuerzos, y estudiaron, hasta en sus mínimos detalles, las costumbres de estos peculiares insectos. Escritores como Plinio en su *Historia Natural* XI y XXI,14; Aristóteles *Historia Animal* V,18 y IX,27; Varron *De re rus.* III, 16; Virgilio *Geórgicas* IV 35; Diógenes Laertio V,13,44, se han ocupado de la apicultura coincidiendo todos en la importancia de las abejas. En efecto, las colmenas tenían en la antigüedad más importancia que hoy en día, ya que la miel reemplazaba al azúcar y la cera era un producto muy buscado y apreciado para una extensa variedad de utilidades y aplicaciones.

Las colmenas debían ser emplazadas en lugares abrigados, imitando a las naturales que se encuentran en los huecos de los árboles y en las oquedades de las rocas. Algunas veces las colmenas (que se denominan en los textos latinos como *apiarium*, *albeare* y *mellarium*) se construían generalmente en una sola pieza, en ladrillo o en barro, aunque como nos indican Virgilio en *Geórgicas* IV, 34; así como Hesiodo *Theog.* 594; y Varron *De re rustica* Lib. IX *Columella De re rustica* IX y *Palladium* Lib. VII se preferían las colmenas móviles fabricadas en madera,

corcho, bien en junco trenzado o simplemente a través de paja prensada con tierra.

De aquí que no asombre que colmenas similares a las actuales aparezcan en un bajo relieve romano;¹⁶ incluso bajo el Imperio, como nos informa Plinio XXI, 47, se fabricaron algunas colmenas en piedra de talco, material que permitía, como en nuestras modernas de vidrio, observar el interior. Ya en Pompeya,¹⁷ se descubrió una colmena en metal el exterior y el interior dividido por bateas (denominadas por los romanos *fori*), la miel se recogía dos o tres veces al año, y como nos indican tanto Plinio IX, 15, como Aristophanes Eq. 797 había colmenas que hasta producían cinco mil libras de miel por temporada.

Los antiguos atribuían a Aristeo el arte de la cría de las abejas. Para él este insecto era el emblema de la elocuencia, según Cicerón *De div.* I,33 algunas abejas se habían posado en los labios de Platón y Pindaro.

La abeja era también el símbolo de un estado bien organizado, el emblema de la fundación de las colonias, así como el atributo de Diana de Ceres y alguna vez de Júpiter; figuraba también en muchas monedas de la antigüedad de Efeso, Mirna y Eritrea.

La *occupatio*, más específicamente el clásico supuesto de la *occupatio* del enjambre, es tema que, aún dentro su aparente futilidad sustantiva, tiene una longeva y completa regulación normativa.

Recordemos que la miel era un producto caro, no demasiado abundante, y frecuentemente usado por los romanos, muy aficionados a mezclarla con vino —mezcla que se denomina *mulsum*. Planteándose la cuestión de si se trataba de una *confussio*, o más bien de una especificación, Ulpiano en D. 6,1,5,¹⁸ resuelve el problema en este segundo sentido, atribuyendo la propiedad de la nueva especie al especificador.

Respecto a si las abejas debían considerarse como animales salvajes o amansados no siempre se ha encontrado una decisión unánime. Aún más, Gayo en Inst.II, 68 las sitúa entre los amansados: *In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis*, mientras que Justiniano Inst.II,1,14, si bien las incluye entre los animales que tienen *animus revertendi*, sostiene expre-

samente que tienen naturaleza salvaje: *nan et apes idem faciunt, quarum constant feram esse naturam*. Parece claro que el Emperador intentó seguir una opinión conciliadora apreciando que aunque las abejas son de naturaleza salvaje, tienen, sin embargo, ciertas características similares con los amansados —el *animus revertendi*—.

Dentro de estas divergencias nace la discusión sobre la naturaleza salvaje o doméstica de las abejas: en auxilio de esta cuestión podemos contemplar un texto de la *Collatio*, el 12, 7, 10, donde, como nos advierte Ortega Carrillo de Albornoz,¹⁹ se distinguen dos posturas bien diferenciadas: de un lado Proculo consideraba a las abejas como *ferae*, sostenía que con su fuga volvían a ser consideradas *res nullius* y, en consecuencia, apropiables por cualquiera que las ocupe; mientras que por otro Celso mantenía una consideración bien diversa, estimando que al tener *animus revertendi*, jurídicamente debían ser consideradas como *mansuetae*. La opinión que parece prevaleció fue la de Celso, postura que fue seguida por Pomponio D.41,2,2,16²⁰ y D.47,2,26²¹ así como por Ulpiano D.9,2,27,12²² y D.10,2,8,1.²³

De todas formas estos criterios son más teóricos que prácticos. En las fuentes se reitera que estos animales no son ocupables mientras conservan el hábito de volver *animus revertendis*, pero cuando pierden este *animus* vuelven a ser *res nullius* y ocupables por cualquiera. Criterio más teórico que real, ya que podía dar lugar a dudas o dificultades sobre la propiedad del animal aprehendido o capturado lejos del punto al que tenía instinto de volver.

¿Qué ocurriría cuando alguien se apropiaba, actuando de buena fe, de estos animales que no se distinguen de los salvajes cuando se encuentran en libertad natural? ¿Podía ser acusado de hurto por el propietario aunque no existiese el *animus lucrificienti*?

Los juriconsultos se plantearon estas cuestiones al tratar específicamente de las abejas. Observando las fuentes, Gayo en los fragmentos que se le atribuyen en D.41,1,5,3 indicaba: *favor quoque si quos hae facierunt sine furto quilibet possidere potest*, este era el criterio clásico;²⁴ el D.47,2,26 pr. es aún más explícito:

Si apes ferae in arbore fundi tui apes facerint, si quis eas, vel favum abstulerit, eum non teneri tibi furti, quia non fuerint tuae; easque constat captarum terra, mari, coelo numero esse.

Según esta interpretación gayana no se considera que el nuevo sujeto que aprehende el enjambre cometa *furto* al contemplar al mismo como una *res nullius* plenamente susceptible de *occupatio*.

Frente a esta consideración encontramos a Paulo que, en D.41,2,3,16,²⁵ consideraba a las abejas como animales *mansuetae*. De aquí que su solución, más acorde creemos con la realidad es, que si bien las abejas deben ser considerables *mansuetae*, sin embargo, pueden ser apropiadas por cualquiera cuando se trata de enjambres estrictamente salvajes que sólo eventualmente se encuentran en un determinado fundo.

En la práctica, las abejas capturadas fuera de sus panales por quien actúe de buena fe serán propiedad de éste cuando el anterior propietario haya perdido, en un sentido real y factico, su disposición material (base que autorizara la nueva *ocupatio* por un tercero). En otras palabras, cuando éstas pierden el hábito de volver (*animus revertendi*) o, como indica Gayo en D.41,1,5 pr.,²⁶ cuando se ponen fuera del alcance de nuestros ojos o, estando a la vista, resulta lógica y materialmente difícil o imposible su persecución. Esta solución la reiteraba el mismo Gayo en D.41,1,5,4: el enjambre que hubiera salido volando libremente de nuestra colmena se entiende que es nuestro en tanto sigue a nuestra vista y no resulta difícil su persecución; si no, se hace de quien lo ocupe.²⁷

En definitiva, como advierte Lombardi,²⁸ toda la cuestión gira en torno a conocer cuándo se entiende que el animal salvaje *sub custodia* recobra su libertad natural. La cuestión no tiene demasiada importancia cuando el propietario recobra el animal, o éste huye definitivamente; aunque sí cobra relieve cuando, durante la huída, un tercero prende al animal adelantándose a su todavía propietario.

Veamos las fuentes:

En las Instituciones de Gayo II,67²⁹ el jurista nos presenta una alternativa: las *ferae bestiae* recuperan su libertad natural cuando han de-

saparecido a la vista *si oculos nostros effugerit*, o cuando, si bien se encuentran todavía a la vista *in conspectu nostro*, es difícil su persecución *difficilis sit persecutio*.

El primer planteamiento es claro, evidentemente se entiende que ni siquiera puede iniciarse su persecución³⁰ ya que el animal, según la solución que nos ofrece Gayo, ha huído definitivamente.

En cuanto a la segunda alternativa, con el término *conspectu*, que proviene de *conspicio* (mirar atentamente) se describe cuando encontrándose el animal a nuestra vista, son tales las circunstancias que, lógica y prácticamente, sería imposible su captura *difficilis sit persecutio*. Momento este en el que el enjambre saldrá definitivamente de la esfera de acción de su anterior propietario.

Cuando se pierde la capacidad dispositiva, reflejada en la ausencia del *animus revertendi*, el enjambre vuelve a ser considerado como una *ferae bestiae*, una *res nullius*, y como tal apropiable por el primero que lo ocupe.

Hasta aquí la precisa regulación romana. Ahora debemos advertir la influencia de estos conceptos en toda la normativa correspondiente al derecho intermedio y al derecho positivo actual; una muestra más de la esclarecedora e innegable influencia del ordenamiento jurídico romano en las posteriores codificaciones. Observemos la evolución normativa.

La regulación jurídica del enjambre, en su largo devenir histórico-jurídico, además de las fuentes ya citadas, se encuentra también recogida en la ley 1 Tít. VI lib. VIII del Fuero Juzgo,³¹ en la ley 17 del Tít. III Lib. IV del Fuero Real,³² así como en la ley 22 Tít. XX Lib. 8 de la Partida 3,³³ donde se nos vuelve a diseñar una normativa semejante a la ya perfilada en el Derecho Romano.

Detengámonos en la tercera Partida citada: «Abejas son como cosas salvajes. E por ende dezimos que si enxambre dellas pasare en arbol de aygun ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena...» como la misma Partida nos indica que se perderá la disposición del enjambre cuando «si el enxambre de abejas bolare

de las colmenas de alguno ome, o se fuere; si el señor las perdiere, o fueren tan alongadas del que las non puede prender, nin seguir, pierde porende el señorío que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, o las encierre primeramente».

De aquí, que tanto el Fuero Real como las Partidas repitan invariablemente la normativa ya perfilada por los sutiles juristas romanos. La propiedad del enjambre se dispone aun cuando éste huya del colmenar y penetre en un fundo ajeno «mientras vayan en su seguimiento» según el Fuero Real, o bien «mientras no se les pierda de vista» según las Partidas. Es decir, una revisión de lo dispuesto en D. 41,1,5,4 o por Gayo en Inst. II,65.

Con posterioridad, el R.D.E. de 3 de mayo de 1834 en su art. 7, y la ley 10 de enero de 1879 en su art. 10, de acuerdo con la Ley de Acotamientos de 1813, vino a subordinar el derecho de persecución del propietario del enjambre al del propietario del terreno, para perseguirlo y aprehenderlo. Matización que se presentará como básica en la posterior redacción del art. 612 de nuestro actual Código Civil.

Veamos ahora el derecho sustantivo actual.

En nuestro C.c., a tenor del art. 334, la colmena tiene el régimen correspondiente a una cosa inmueble, de acuerdo con la doctrina de la ficción, que admite la inmovilización de bienes muebles a un fundo en razón de su accesoria respecto al servicio primordial encomendado al inmueble.³⁴

El enjambre además, cuando aún no se ha convertido en colmena, tiene una consideración jurídica de animal salvaje, y como tal su propiedad se adquiere por la ocupación.

Como sabemos los artículos 610 y siguientes son los que nuestro Código dispone para la ocupación.

En este sentido, se orienta la redacción, no del todo feliz del artículo 612.³⁵ Observamos su orientación.

En el primer párrafo se indica que el propietario de un enjambre de abejas, tendrá derecho a perseguirlo sobre fundo ajeno, indemnizando

al poseedor de este por el daño causado en la persecución.³⁶ Puntualizando «si estuviese cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él». Detengámonos en su contenido sustancial.

En verdad, como nos indica Scaevola,³⁷ se le permite al dueño del enjambre su persecución, manteniendo temporalmente su dominio jurídico, aunque si durante la misma el aún propietario se encuentra con un fundo cercado —y debemos entender por cercado, a tenor del artículo 602 C.c.,³⁸ el fundo no simplemente limitado sino el cerrado por coto, tapia o valle— deberá solicitar el permiso del propietario, del poseedor o del arrendatario en su caso, para entrar en él y, en consecuencia, indemnizarle por el daño causado con motivo de la persecución. Permiso que ya contemplaban extensamente las fuentes romanas en D.8, 3, 16 o en C.3, 34,11.

Advertir sin embargo que así como ni los mismos y prácticos apicultores pueden, en la mayoría de los casos, justificar qué enjambre salió de sus colmenas, mucho menos podrán asegurar que el enjambre que persiguen es el suyo. Aun así, prescindiendo de estos reparos, llegado el perseguidor del enjambre a una finca cercada, ¿cómo se puede asegurar que el enjambre espere a que el dueño del predio otorgue el necesario permiso? ¿y si éste no lo concede?

Entonces, se despojaría al que, según la ley, es dueño del enjambre, que deja de serlo por la simple voluntad del propietario poco amable, en cuyo caso, y a tenor del art. 613, las abejas pasan a la misma categoría jurídica de las palomas o los peces.³⁹

Muy en su punto el C.c. habla de la indemnización del apicultor al dueño del fundo, aunque nada dice del perjuicio que el propietario ausente o hermético causa al apicultor, que pierde una potestad que el mismo código previamente le había concedido.

En este sentido, se apunta la posibilidad, que si el poseedor de la heredad cercada no otorga al dueño del enjambre el correspondiente consentimiento, éste puede, aunque el código nada dice a este respecto, solicitar el auxilio del Juez Municipal o del Alcalde, ya que de otro modo vendría a concederse al dueño del predio un derecho que el código

no le reconoce, al tiempo que se le priva de efectividad real al específico supuesto contemplado en el artículo.

Solución aún así de un carácter más teórico que real, ya que si bien podría ser útil para justificar el inicio y la continuidad de la persecución, en la práctica es obvio que será difícil que el enjambre aguarde el plazo de tiempo regular para la tramitación del incidente. Su valor debe ser únicamente considerado a efectos probatorios. El Derecho Romano, a tenor de D.41,1,5,4, siempre eficaz en su casuística, prescindió, por evidentes razones prácticas, de esta incomprensible restricción.

Veamos ahora el segundo párrafo del artículo 612:

«Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.»

Desde aquí debemos advertir que la redacción de este segundo párrafo no es muy atinada, sobre todo en el empleo de los dos últimos verbos unidos por una conjunción disyuntiva.

Si el espíritu del precepto es que mientras que dure la persecución no se puede considerar al enjambre como una *res nullius*, apropiable por ocupación, y que cesada la persecución dos días, o pasados estos sin iniciarse, este hecho produce el abandono del enjambre y su cualidad de *res nullius*, bastaría que el código hubiera dicho que no podía ser ocupado, sin necesidad de incluir la expresión «o retenerlo». Expresión que sólo puede proceder de la equívoca traducción del artículo 713 del antiguo código italiano,⁴⁰ que como sabemos a su vez procede del art. 384 del código austríaco.⁴¹

Aun así, prescindiendo de todas estas matizaciones, la novedad más interesante que incorpora el código es que vino a concretar la persecución en un plazo temporal delimitado. Se opta por un plazo de tiempo determinado aleatoriamente —dos días—, frente a lo que los romanos consideraban «perder de vista» en D.41,1,5,2 o «de difícil persecución» de Gajo en Inst. II,65.

Se pierde el dominio sobre el enjambre cuando el dueño no lo persigue en su huída, o interrumpe esta durante el plazo de dos días consecutivos.

Solución que, frente a la romana, plantea en la práctica graves inconvenientes jurídicos y evidentes problemas prácticos, pues sabemos que el dueño de un fundo no adquiere la propiedad de las abejas por el solo hecho de que se posen en un árbol de su propiedad, sino que será preciso que las encierre en una colmena o retenga de alguna otra forma, conservando el enjambre hasta entonces lo que los romanos consideraban la *naturalis libertas*; supuesto que ya había sido expuesto amplia y acertadamente por Gayo en D.41,1,5,2.

Quizás lo que resulta más dudoso en el tema de la ocupación del enjambre es la determinación de cuando resulta lícita dicha *occupatio*. Nuestro legislador más que contemplar el enjambre fugitivo que es encontrado, observó simplemente el enjambre fugitivo perdido. De aquí que el poseedor del fundo, y más todavía un tercero,⁴² no podrán casi nunca saber, al encontrar un enjambre vacante, si acaba de abandonar la colmena o si hace muchos días que lo hizo; ni si quiera el dueño del enjambre podrá reconocer como suyo el enjambre cuya fuga no presenció.

Según esto, parece tan difícil que se pueda negar genéricamente la ocupación del enjambre antes del transcurso de los dos días de no persecución, como afirmar que esta ocupación constituiría hurto, salvo, acaso, en los supuestos en los que el ocupante conociese expresamente que el enjambre se había escapado hace menos de dos días. Como sabemos la casuística siempre nos ofrecería interminables supuestos similares.

Finalmente, a tenor del art. 613, puntualizar que no se adquirirán los enjambres a los que el ocupante hubiere incitado previamente a huir de sus colmenas mediante algún artificio o fraude.⁴³

En realidad subyace, aunque de forma equivocadamente matizada, el principio romano ampliamente expuesto en D.41, 1, 3, 2, donde Gayo nos indicaba que los animales salvajes son nuestros en tanto los tengamos a nuestra disposición, saliendo de nuestro poder —*evaserit cus-*

todiam nostram—, recuperan la *naturalis libertas* y se hacen otra vez de quien los ocupe. Criterio que probablemente se manifiesta, en su sencilla y práctica estructura, más lógico y eficaz que el diseñado por nuestro actual Código.

NOTAS :

1. Debemos advertir que también se pueden localizar estudiosos que ponen en tela de juicio la autoría de Gayo en estos *Libri rerum cottidianarum*, fundamentalmente en razón a interpretaciones filológicas, aun así creemos que la doctrina que sustenta la autoría gayana, además de ser la de más amplia difusión, se encuentra suficientemente justificada por las fuentes tanto formal como sustancialmente.
2. DE FRANCISCI. *Intorno all'acquisto per occupazione delle res hostium*, Atti R. Ist. Veneto, 82 (1923) pág. 967 ss. En verdad la única clasificación que encontramos es aquella que esta recogida por las Instituciones de Gayo y las de Justiniano (Gayo II,65,66,69,70,73,77 y 79; J.II,1,2, y D.41,1,1pr.) entre los modos de adquisición *ius naturale* y *ius civile*. Donde se encuadra la Ocupación como una de las formas de adquirir procedente del *ius naturale*.
3. Aunque el término *occupatio*, como indica KASER, no tiene base real en la terminología de las fuentes, sólo lo podemos encontrar en Cicerón *De officiis* lib. I,7, sin embargo, éstas emplean con frecuencia el término *occupare*, al tiempo que la jurisprudencia la consideraba un modo de adquisición *iure gentium* —como resulta fácil concluir de D.41, 1, 1pr. o en Inst.II,1,11.
4. VOICI. *Modi di acquisto della propieta* II Milán (1952). Será de tal manera así, que en el procedimiento más antiguo de las *legis actio sacramento in rem* la afirmación solemne de la propiedad, que realiza delante del magistrado, se configuraba en la misma forma simbólica de la *occupatio bellica*.
5. Gayo Inst. IV, 16 *Si in rem agebatur, ... Fastuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*
6. VOLTERRA. *Istituzioni di Diritto Privato Romano* pág. 331, Roma, 1986.
7. VOLTERRA. *Opus. cit.* pág. 330. En la ocupación, para este autor, apenas tiene lugar el acto de aprehensión de la *res nullius*, con la intención de hacerla propia, se consuma la adquisición de la propiedad sobre la cosa, sin que exista ningún período intermedio en el que el sujeto tenga sólo la simple posesión de la res.
8. Efectivamente, se discute en la doctrina si las *res derelictae* pueden llegar a constituir un caso de *occupatio*, concluyéndose, de forma generalizada, que no se puede considerar que

este tipo de *res* pueden ser susceptible de ser adquiridas por ocupación, sino que constituirían un caso de *traditio in incertam personam*.

9. En realidad todavía no se ha llegado a una decisión unánime, encontrándonos autores que realizan una plena identificación entre *res nullius* y *res ocupable*, junto a otros, creemos más acertados, que observan una clara distinción entre aquellas *res nullius* susceptibles de *occupatio* y las que no admiten tal modo de adquisición.
10. VOCI. *Opus. cit.* pág. 218.
11. BONFANTE. *La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte* Scritti II (Turín, 1818), págs. 357 y ss.
12. SILVIO ROMANO. *L'occupazione delle res derelictae* Studi sulla derelizione nel Diritto Romano (Padua, 1933), págs. 17 y ss.
13. LOMBARDI. *Liberta di caccia e propieta privata in diritto romano* BIDR, 53-54 (1948), págs. 275 y ss.
14. Ciertamente quizás sea excesivo, desde un punto de vista exclusivamente filosófico, el atribuir a los animales, seres evidentemente carentes de raciocinio, la capacidad del *animus* como una manifestación libre y racional de voluntad, mientras que creemos más idóneo el término *habitus* para indicar ese comportamiento reflejo que, más que nacer de un análisis racional de una alternativa, se basa en las leyes naturales que informan un comportamiento.
15. LOMBARDI. *Liberta di caccia e propieta privata in Diritto Romano* BIDR, 53-54 (1948), págs. 275 y ss.
16. Como nos indica MONTFAUCON, *Antiq. expl.* vol. I, pág. 204.
17. Según describe un exhaustivo estudio de DONALDSON, *Pompei.* vol. II, pág. 75.
18. D.6,1,5,1 *Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse, id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.*
19. Como nos recuerda, siempre acertado en sus observaciones ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, LAS *FERAE BESTIAE* EN EL DERECHO ROMANO, EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY DE CAZA DE 1970 en *Cuadernos informativos de derecho histórico público, procesal y de la navegación...*, pág. 485 y ss.).
Mosaicarum et romanarum legum collatio 12, 7, 10: *Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare competere legis Aquilliae actionem, inter quos et Peocuium, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint, Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, su manum refugiunt, domitamem fugiunt.*
20. D.41, 2,16 *Quidam recte putant, columbas quoque, quae ab aedificiis nostis volant, item apes, quae ex leis nostis evolant, et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*

21. D.47, 2, 26 *Si apes ferae in arbore fundi tui apes fecerint, si quis eas, vel favum abstulerit, eum non teneri tibi furti, quia non fuerint tuae; easque constat captarum terra, mari, coelo numero esse.*
1.—Item vonstat, colonum, qui numis colat, cum eo, qui fructus stantes surripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.
22. D.9, 2, 27, 12 *Si, quum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, legis Aquilae actionem competet Celsus ait.*
23. D.10, 2, 8.1 Pomponius ait, columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae erciscundae iudicium, quum nostrae sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi; quare si quis eas apprehendisset, furti nobis competit actio. Idem et in apiibus dicitur, quia in patrimonio nostro computantur.
24. SCIALOJA. *Teoria della proprietà in Diritto Romano* Roma (1928) vol. II, pág. 30. Justiniano lo redactaba de forma distinta, dándole un alcance más general, en Inst. 2,1,14 donde se lee *quilibet eximere potest.*
25. D.41, 2, 3, 16 *Quidam recte putant, columbas quoque, quae ab aedificiis nostis volant, item apes, quae ex alveis nostis evolant, et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*
26. D.41, 1, 5 pr. *Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos nostrosefugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.*
27. D.41,5,4 *Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eousque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis eius persecutio est; alioquin occupantis fit.*
28. LOMBARDI. *Opus. cit.*, págs. 283 y ss.
29. Gayo II, 67 *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem... captum... eo usquem nostrum eses intellegitur, donec nostra custodia coerceatur; cumvero custodiam nostram evaserit et en naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.*
30. Distinto supuesto se plantea en D. 41,1,5,1, del mismo Gayo, donde si cabe la persecución, pues se habla de un animal herido que no estaba en cautividad: *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit. ut cappi possit. statim nostram esse intellegatur. Trebatio placuit statum nostram esse et eo usque nostram vider, donec eam persequamur. quod si deserimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur. alius eam ceperis eo animo, ut ipse sucrifaceret, futum videri nobis cum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus. quia multa accidere possunt. ut eam non capiamus: quod verius est.*
El texto es reproducido en las Instituciones de Justiniano II,1,13:
Illus quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. Quibusdam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi deseris persequi desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esset. quam si ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus. quia multa accidre solent. ut eam non capias.

31. «Si algun omme falla abejas aienas en su monte o en piedras, o en su arbol, faga tres corchos, que por el un corcho no pueden facer engannor: si alguno hiciera contra esto que nos decimos e crebantare sennal aiena, pechelo en duplo al que fizozo el enganno e demas reciba X azotes.»
32. «Maguer abejas que enjambren suben en arbol de alguno: si otro las tomare, e las encerrare ante que el dueño del arbol las pueda haber maguer que en el arbol faga enjambre; pero el señor del árbol pueda defender a todo hombre que no entre en lo suyo ante que las abejas sean presas y encerradas: fueras al señor de cuya colmena salieron las abejas viniendo en por ellas: ca este mientras va tras sus abejas por las cobrar, no pierde el derecho que enllas habie. Y eso mismo mandamos que si pavones, o ciervos, o otras aves, o bestias que son bravas por natura, fuyeren en manera que sean en su salvo: mandamos que se las haya quien las tomare, si el señor cuyas fueren no va en por ellas: mas si gallinas, o enseres, o otras cosas que no son brabas de natura, fuyeren a su señor, hayalas su señor quando quier que las falle.»
33. «Abejas son como cosas salvajes. E por ende dezimos que si enxambre dellas posare en arbol de aygun ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa; bien assi como non puede dezir que son suyas las aves ue possassen y, fasta que las prisiessse. Eso mismo dezimos que seria de los suyos, en cuando estouissen y, fasta que los tome ende, a los lleve. Ca si acaesciessse, que viniessse otro alguno, e los leuassse ende, serian suyos; fueras ende, si estouiessse el delante quando los quisiessse leauar, e gelo defendiessse. Otrosi dezimos, que se el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome, o se fuere; si el señor dellas las perdiere de vista, o fueren tan alongadas del que las non puede prender, nin seguir, pierde porende el Señorío que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente.»
34. Lo cierto es que así como la consideración de la abeja ante el legislador no aparece definida, tampoco está justificada la calificación del art. 334 al considerar, en todos los supuestos las colmenas como bienes inmuebles. Prescindiendo del desacuerdo de la Ley con la práctica Apicultura moderna, que precisamente se llama «movilista» por la facilidad de movilización, aun con la técnica antigua está en desacuerdo nuestro Código civil, pues no debió ignorar que existían los «hornos», los «yacientes», los «peones» y los «tocones». Los «hornos» eran, y son, pues se conservan muchos, «edificios» en los que, a modo de columbarios romanos, se disponían nichos, constituyendo cada uno la habitación de un enjambre o colonia. Estos hornos, bien clasificados, están entre los bienes inmuebles, no así los peones o tocones, prismas de madera, cilindros de caña, esparto o barro, troncos o tocones de árboles ahuecados, que «peones» se llamaban si estaban de pie y «jacentes» (de jaceo) si echados, y se utilizaban en la Apicultura trashumante, que aún se practica, y que cumplía y cumple el clásico aforismo: «Si quieres miel y cera, llévame caballera». No hay razón, por tanto, para considerar invariablemente las «colmenas» como inmuebles, aunque en algunos casos pueda serlo «el colmenar», que evidentemente no es lo mismo. Con finalidad de ampliar estas matizaciones léase el minucioso trabajo de LINÁN Y HEREDIA *La abeja en el Derecho* R.C.D.I. (1926), págs. 318 y ss.
35. El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de este el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

36. Para interpretar el término persecución se debe partir del mundo romano, de aquella costumbre romana de acompañar esa persecución con la música más extraordinaria, verdadera orquesta campesina de cacerolas, aperos y otros instrumentos no menos pintorescos. Origen que nos ofrece BILLIARD «La apicultura en la antigüedad», y como hemos recordado, basada toda o casi toda la legislación actual en el derecho romano, y siendo este detallista y minucioso, exigirá la prueba de la persecución, dada por el estrépito de los perseguidores, y por ende así evitaban que otro, que también viese el enjambre, que siempre ha de ir a más velocidad que la alcanzada por los que le siguen, se aproveche de esta favorable coyuntura.
37. SCAEVOLA. *Código Civil* t. XI, vol. I, pág. 367.
38. Art. 602 C.c. Si entre los vecinos de uno o más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia o seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas.
El propietario que cercare su finca conservará su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.
39. Art. 613 C.c. Las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán propiedad de este, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio o fraude.
40. Según este precepto (art. 713): «Ogno proprietario di sciami di api ha diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve risarcire il danno cagionato al possessore del fondo; quando il proprietario non li abbia entro due giorni inseguiti, od abbia cessato entro due giorni d'inseguirli, puo il possessore del fondo prenderli e ritenerli».
41. El art. 384 del ABGB, aunque calificando como domésticas a las bejas integrantes del enjambre huido encontrado, no se apartaba esencialmente de la solución romana tradicional, sustituyendo únicamente el criterio de conservación de la propiedad del enjambre mientras no se perdiera éste de vista, por el plazo de los dos días de no persecución. La versión italiana de este precepto del código austríaco establecía expresamente que «potra nel fondo pubblico chiunque, e nel fondo privato il proprietario del fondo stesso pigliarli e ritenerli».
42. Como nos advierte MOREU BALLALONGA. *Ocupación, hallazgo y tesoro*. BOSCH, Barcelona (1980), admitida la ocupabilidad por cualquiera del enjambre huido, hay que concluir que el reconocimiento al dueño del enjambre a perseguirlo en fundo ajeno tiene el sentido, sobre todo de afirmar, en cierta medida en contra de la tradición romana, la perduración por un cierto tiempo (dos días, al menos) de la propiedad sobre el enjambre huido no iniciado a perseguir aún o perseguido pero alejado (fuera de la vista...). Nada está en contra de consentir que un tercero pueda perseguir un enjambre huido, incluso penetrando en propiedad particular. Admitido esto, es innecesario afirmar que el poseedor de un fundo, que hubiera iniciado en el mismo la persecución de un enjambre huido de col-

mena ajena, tiene derecho a continuar persiguiéndolo en cualquier otro fondo, incluido el de procedencia del enjambre.

En este sentido, tanto el tercero como el dueño perseguidor, y tenga o no éxito su persecución, deberán indemnizar el daño causado al poseedor del fondo. Incluso si no se acepta que un tercer pueda penetrar en un fondo particular persiguiendo un enjambre, parecería excesivo negarle, en base a ello, la adquisición por ocupación del enjambre apresado. Esta solución sería, acaso, más defendible si la ocupación del enjambre la había realizado el tercero en terreno cercado y sin permiso del dueño o contra su expresa prohibición. En todo caso, la no adquisición por la realizada ocupación del tercero podría significar la adquisición por ocupación —no por accesión— del poseedor del fondo, por una rectificación de efectos de la ocupación, no en el «primer ocupante» ilícito, sino en quien estaba objetiva y normalmente abocado a realizar la ocupación. Cabría pensar también otras soluciones, menos probables, como que la ocupación ilícita del tercero no afectase a la propiedad todavía no extinguida del dueño del enjambre, que podría reclamarlo más allá de los veinte días siguientes al de la ocupación; o como que hubiera de ser decomisado el enjambre (arts. 22,2. y 50 de la Ley de Caza).

Si el dueño de un fondo cercado deniega al tercero el permiso solicitado para penetrar en él y continuar la persecución del enjambre, nada podrá éste frente a la negativa; aunque no es seguro, que una anterior y clandestina ocupación del enjambre no le diese la propiedad del mismo. En cambio, no podría dudarse sobre la plena eficacia, indemnizaciones aparte, de la aprehensión del enjambre en terreno cercado por el dueño perseguidor tardío sin permiso o contra expresa prohibición, si se presupone —lo que es dudoso— que el transcurso de los dos días de no persecución no convierte el enjambre en *res nullius*, sino que sigue siendo siempre, mientras no se ocupe, propiedad del dueño perdedor.

43. Interesante también la Ley 369 de la vigente Compilación navarra; «No se pueden instalar nuevas colmenas, “vasos de ventura” o artificios propios para captar enjambres, sino a la distancia de doscientos treinta y cinco metros, al menos, respecto de otra colmena ocupada o a finca habitada».

BIBLIOGRAFÍA

- ARNO. *Derelictio e iactus mercium navis levandae causa*, Atti Torino, 76 (1940-41), pág. 260 ss.
- BERGER. *In tema di derelizione*, BIDR, 32 (1922), pág. 131 ss.
- BIONDI. *Influssi cristiani sulla legislazione agraria romana*, en Atti convegno naz. di dir. agrario (Firenze, 1955).
- BONA. *Osservazioni sull'acquisto delle res hostium*, SDHI, 1958.
- BONFANTE. *La direlizione e l'aprensione delle cose derelitte*, Sritti, II (Torino, 1918), págs. 357 y ss.
- DAUBE. *Derelictio, occupatio and traditio*, LQR, 77 (1961), pág. 382 ss.
- DE DOMINICIS. *Innovations byzantines au régime postclássique des agri deserti*, Etudes Macqueron (Aix-en-Provence, 1970), pág. 245 ss.
- DE FRANCISCI DE LIÑÁN Y HEREDIA. *La abeja en el derecho*, RCDI (1926), pág. 318 y ss.
- FAURA. *Iusta causa et bonne fide*, Roma (1936).
- FRANCIOSI. *Res nullius e occupatio*. Atti Napoli 75 (1964), pág. 2 ss.
- GARCÍA GARRIDO. *Derecho a la caza y ous prohibendi*, AHDE, 26 (1956), pág. 269 ss.
- GAS. *Régimen jurídico del enjambre*, Revista jurídica de Cataluña (1952), pág. 127.
- HECK. *Occupatio*, ZDD, 84 (1967), pág. 355 ss.
- LOMBARDI. *Liberta di caccia e proprieta privata in diritto romano*, BIDR 53-54 (1948), pág. 275 ss.
- MEYER-COLLINGS. *Derelictio*, Erlangen (1932), pág. 612 y ss.
- MOREU BALLONGA. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, BOSCH, Barcelona (1980).
- H. KRUGER. *Derelictio und usucapio*, Mnemosyna Pappulia (1934), pág. 156 ss.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ. *Las ferae bestiae en el derecho romano, en el código civil y en la ley de caza de 1970*, Cuadernos informativos de derecho histórico y público, pág. 485 y ss. Málaga, 1987.
- PESCANI. *Gaio nel suo temp*, Atti Simposio romanístico, Roma, pág. 97 ss.
- SCAEVOLA. *Código Civil*, t. XI, vol. I, pág. 376.
- SCIALOJA. *Teoría della proprietà in D. romano*, Roma (1928, vol. II, pág. 30).

SILVIO ROMANO. *L'occupazione delle res derelictae Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padua (1933), NNDI.

STROSETSKI. *Hermes*, 86 (1958), pág. 1 ss.

VOCI. *Corso di diritto romano Modi di acquisto della proprietà*, Milano (1952).

VOGEL. *Zur rechtl. Behandlung der rom. Kriegsgewinne*, ZSS, 56 (1948), pág. 121 ss.

WEISS. *Das willensmoment bei de occupatio des romischen Recht* (Marburg, 1955).

Aproximación al modelo de ley que se configura en la Constitución de 1812

JOSÉ F. CHOFRE SIRVENT

Si alguno de los modelos básicos para concebir la ley ha ejercido influencia sobre la Constitución de 1812 éste sería el basado en el principio parlamentario, también denominado «monismo legitimador excluyente del Parlamento», surgido con la Constitución francesa de 1791.

El modelo de ley «gaditano» tiene de común con el francés el que, en ambos, el poder legislativo ostenta la primacía por encima de los demás órganos del Estado, al configurarse aquél como el único representante de la nación soberana y, en consecuencia, como la fuente exclusiva de legitimidad. Sin embargo, entre uno y otro modelo existen diferencias tan sustanciales que vienen casi a ocultar la común característica respecto a la posición de las Cortes en la estructura constitucional.

Si la alta consideración que se atribuye a la ley en el «monismo parlamentario» lleva consigo la imposibilidad de establecer límite alguno a la voluntad del legislador, no es posible hacer igual afirmación respecto a la configuración de la ley en la Constitución de 1812. Esta Constitución no comulga en su integridad con las características que definen el modelo francés. Las diferencias entre los dos modelos de ley son tan relevantes que cabe referirse a la especial «originalidad» española en la definición de la ley.

Anteriormente hemos expresado que la superior posición que ocupa la ley en Francia conduce a que la voluntad del legislador no encuentre límite alguno en su producción normativa. En España, sin embargo, no es factible, en ningún caso, que la ley, o más propiamente, «decreto de Cortes con carácter de ley» ostente el valor de norma suprema

del ordenamiento jurídico, porque su campo de acción está acotado por las materias reservadas a los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes». *La ley, por tanto, no lo puede todo, y lo que puede no es lo más importante* (materias tan relevantes como pueden ser la reforma constitucional o las relativas a las contribuciones, entre otras muchas, no son objeto de «decreto de Cortes con carácter de ley», sino de «decreto de competencia exclusiva de las Cortes»).

Esta afirmación de que los «decretos de Cortes con carácter de ley» no pueden regular cualquier materia se deriva no sólo de una interpretación conjunta de la Constitución y de los dos Reglamentos de Cortes, de 1813 y 1821, sino también de un minucioso examen de la producción normativa elaborada por las Cortes durante el tiempo de vigencia de la Constitución de 1812. La evidencia resultante de estos análisis parece no haber sido captada plenamente por algunos importantes autores que han dedicado especial atención al estudio del sistema de fuentes. En este sentido destaca Javier Pérez Royo.¹

Este autor señala que el punto de arranque del sistema de fuentes imperante en España desde el origen del Estado constitucional era la ley. «La ley era auténticamente soberana, era la única norma en el ordenamiento jurídico general, primaria y absolutamente incondicional». Si esta afirmación «podría» ser predicable respecto a Constituciones futuras —supuesto del que no estamos absolutamente seguros, por la creciente actividad del poder ejecutivo, en definitiva del Rey, y por el auge que va adquirir el «moderantismo» como presupuesto válido para justificar un cierto menoscabo de la ley—, no consideramos que pueda serlo con relación a la Constitución de 1812, porque en ésta el «decreto de Cortes con carácter de ley» no es sino una más de entre las diversas categorías normativas producidas por las Cortes. Concurriendo además la significativa circunstancia de que el «decreto de Cortes con carácter de ley» no es expresión directa y exclusiva de la soberanía nacional (Pérez Royo afirma que la «ley es auténticamente soberana»), ya que para su formación es precisa la voluntad del Rey y de las Cortes, mientras que, por el contrario, el «decreto de competencia exclusiva de las Cortes» sí expresa genuinamente la voluntad general de la nación representada en Cortes, al no exigirse el cumplimiento de la sanción de S.M.

En definitiva, pues, la ley, o más exactamente, el «decreto de Cortes con carácter de ley», se configura como una categoría normativa que carece de la capacidad necesaria para regular cualquier campo de la actividad normativa, encontrándose sujeta a determinados límites impuestos por la propia Constitución. La ley, o «decreto de Cortes con carácter de ley», por tanto, «no lo puede todo» en la Constitución de 1812.

Llegados a este punto se hace necesario determinar las notas básicas que caracterizan al concepto de ley («decreto de Cortes con carácter de ley») propio de la burguesía.

- A) El «decreto de Cortes con carácter de ley» como expresión de una concepción general de la legalidad: ley y razón.

El imperio de la ley es un postulado común desde Aristóteles hasta Locke pasando por los pensadores medievales. Todos ellos consideran que la ley debe gobernar la organización política, aunque, obviamente, el mismo término alberga, según el momento histórico, contenidos distintos. Por lo que se refiere a la ley, el liberalismo introdujo dos cambios de significativa relevancia. Por una parte, la ley positiva no tiene que ser conforme con la ley divina; la ley positiva obliga a la totalidad de los individuos, pero la razón de esta obligatoriedad deriva de su congruencia con la ley natural racional. Y, por otra parte, el liberalismo introdujo una concreta forma de ley. El concepto de ley que dimana ya no es un simple mandato del Rey absoluto y soberano, sino que al configurarse las Cortes como único órgano soberano que representa a la nación, la ley deviene como «expresión de la voluntad general», como indicábamos anteriormente.

La ley en el liberalismo representa la posibilidad de planificar y racionalizar la vida y el poder político con vocación de futuro y permanencia. En este contexto la ley lo puede todo —en el marco de la Constitución de 1812 es preciso matizar esta afirmación teniendo en cuenta el relevante papel que desempeñan los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes»—, y, además, el órgano legislativo del cual emanan,

Parlamentos o Cortes, disfrutaban de una capacidad de transformación casi ilimitada, de ahí que sea expresión muy aceptada hablar de «absolutismo parlamentario».

La ley, por tanto, se configura como un producto exclusivo de la razón humana. Adolfo Posada, al referirse a la Constitución de 1812, señala que, al recoger ésta en un todo ordenado las normas políticas fundamentales, puede reputarse como una obra reflexiva del legislador constituyente, y que es, a su vez, una «manifestación de la fe en la ley y en la eficacia de la acción creadora de la razón».² Se producía una equiparación entre ley y razón, propia de la Ilustración. Fe en la ley como fe en razón, y viceversa. El racionalismo, pues, se manifiesta extensamente en estos años iniciales del constitucionalismo español. Así, y como muestras representativas, señalemos dos intervenciones parlamentarias que inciden en este aspecto. Por una parte, el diputado señor Ostolaza, siguiendo con la discusión del artículo 12, Capítulo II, del Reglamento del Poder Ejecutivo, afirma que la ley «debe estar fundada en la razón»;³ y, por otra parte, el diputado señor Riesco, durante la discusión sobre la primera proposición de los señores americanos acerca de la igualdad de la representación de las Américas, afirma «que los americanos, apoyados en la recta razón, que es la verdadera ley».⁴

De todas las fuentes del Derecho sólo la ley permite abordar cambios revolucionarios, pero una vez que la burguesía ha logrado destruir las posiciones de los señores feudales y del absolutismo monárquico, construye su propio sistema jurídico-normativo haciendo desaparecer sus genuinas implicaciones revolucionarias que identificaban «lex» y «ratio» (aunque en el contexto de la Constitución de 1812, seguramente, tienen mayor capacidad revolucionaria el «decreto de competencia exclusiva de las Cortes», porque representa más genuinamente la voluntad de la nación española al no exigirse en los mismos la intervención del Rey por medio de la sanción). Pero inicialmente «el racionalismo acude al uso, y aun al abuso, de la legislación en su ímpetu de reformar velozmente la obra lenta de la Historia».⁵ La obra legislativa de las Cortes de Cádiz parece acusar este excesivo racionalismo —de clara influencia francesa— que conducía a la aprobación de leyes o «decretos de Cortes con carácter de ley» y «decretos de competencia exclusiva de

las Cortes» que no respondían a los intereses de la sociedad por ser excesivamente artificiales en su elaboración. Es una circunstancia reconocida por diversos autores el «divorcio» existente entre las Cortes y el eje activo de la vida del país.⁶ En este mismo sentido se pronuncia Díez del Corral cuando señala que, mientras España se desangra, los legisladores gaditanos se disponen a acometer una «utópica tarea legislativa» a espaldas de la realidad social.⁷

Como conclusión, y siguiendo a García Pelayo, «la noción de legalidad jurídica se inserta en una concepción general de la legalidad cuyos supuestos son la universalidad de la razón, la identidad de la naturaleza humana y la fuerza estructuradora del supuesto».⁸ En este contexto, influido por un subyacente racionalismo iusnaturalista, debemos ubicar el «decreto de Cortes con carácter de ley» y el «decreto de competencia exclusiva de las Cortes» producidos en el marco de la Constitución de 1812. El análisis que se acomete de estas dos categorías normativas no puede ser ajeno en modo alguno a este condicionamiento histórico-ideológico.

- B) El «decreto de Cortes con carácter de ley» como expresión de la voluntad general: consideraciones críticas desde la perspectiva de la Constitución de 1812.

La consideración de la ley como «expresión de la voluntad general», como ya se estableció en el art. 6.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, constituye una clara manifestación de la ruptura con respecto al Antiguo Régimen. En éste la ley no era sino la expresión de la voluntad del monarca. En el constitucionalismo, por el contrario, las leyes son expresión de la voluntad de los representantes de la nación, y una vez aprobadas y promulgadas, adquieren autonomía propia, desligándose de cualquier atadura personal.⁹

No obstante, en los orígenes del constitucionalismo español se manifestaron en el orden teórico y doctrinal dos diferentes concepciones de la ley. Una, representante del pensamiento liberal, y que identifica

a la ley con la expresión de la voluntad general («llámese ley la expresión de la voluntad de los socios manifestada por ellos»);¹⁰ y otra, todavía basada en la concepción tomista, y que define la ley como «una ordenanza o mandato racional dirigido al bien común y promulgado por el que tiene a su cargo el Gobierno de la sociedad».

La discrepancia entre ambas concepciones acerca de la ley se manifestaría en los términos siguientes: «No explican (los defensores liberales) si esta voluntad ha de ser justa o injusta, racional o irracional, sin duda porque, como afirma uno de los nuevos maestros, bueno o malo, virtud o vicio y, de consiguiente, justo o injusto, depende de la opinión y en el mismo hecho de ser la voluntad general tiene a su favor la opinión y esto basta para ser racional y justicia».¹¹ De las evidentes divergencias entre ambas concepciones de la ley se deriva que, por una parte, para los partidarios del absolutismo la adecuación de la ley positiva con la ley natural corresponde establecerla exclusivamente a quien detente el poder absoluto; mientras que, por el contrario, para los liberales la correspondencia entre ley positiva y ley natural es consecuencia de la suma de voluntades expresadas en el seno de las Cortes, que es la unión de todos los diputados que representan la nación. Por tanto, una ley será buena o justa con tal que reúna la mayoría de sufragios, sin necesidad de atender a ninguna instancia superior.

El choque producido entre ambas concepciones llevó a algunos autores a armonizar una y otra idea en un tercer concepto de ley. Así, José Caro y Sureda, en su obra *Catecismo político*, llegó a definir la ley como «la expresión de la voluntad general en orden a lo que conviene mandar o prohibir para el bien de todos».¹²

Pero, finalmente, la concepción de la ley que adquirió carta de naturaleza era la que encontraba sus fundamentos en el liberalismo: no cabe referirse a la idea de ley si ésta no representa la voluntad de la Nación.

Por tanto, el valor de las leyes hechas con el acuerdo de las Cortes no es el mismo que el de aquéllas que son el resultado de la voluntad del Rey. El diputado señor Calatrava no llamaría a éstas «leyes», sino ordenanzas o decretos interinos reservándose la utilización del término

«ley» para cuando se manifieste la voluntad de las Cortes, expresión del interés de los pueblos y de la Nación, «que es lo que da el carácter de ley».¹³ En definitiva, se considera al «decreto de Cortes con carácter de ley» como un acto de soberanía.

Pero la conceptualización del «decreto de Cortes con carácter de ley» como expresión de la voluntad general de la Nación expresada en las Cortes, sin dejar de ser válida, exige que la precisemos para poder ajustarla a sus propios términos y al contexto histórico de la época.

Así, en primer lugar, conviene advertir que, afirmar en 1820 (no aludimos al período 1810-1814 porque no se aprobaron «decretos de Cortes con carácter de ley») que la «ley es la expresión de la voluntad general» no es más que una cuestión de principio, porque bien sabido es la escasísima participación del pueblo en la elección de los diputados.¹⁴ En todo caso sería la expresión de la voluntad general de una determinada clase social, pero no de todo el pueblo, como parece indicar la definición anterior de la ley.

Y, en segundo lugar, y siguiendo al diputado señor Martínez de la Rosa, «no es exacto que la ley sea la expresión de la voluntad general», y no lo es porque si toda expresión de la voluntad general fuera ley, todo lo que las Cortes mandasen sería ley, es así que las Cortes además de leyes aprueban otros tipos normativos como, por ejemplo, «decretos de Cortes» y «Órdenes», luego, por tanto, la voluntad general no se expresa exclusivamente por ley, sino también a través de otras categorías normativas.¹⁵ Fundamentalmente, este segundo argumento invocado como corrección a la consideración de la ley como «expresión de la voluntad general» es totalmente coherente con la línea argumental seguida hasta ahora en virtud de la cual el «decreto de Cortes con carácter de ley» es una más de entre las diferentes categorías normativas producidas por las Cortes, y, si cabe, ni siquiera es la más importante. En otras palabras, el «decreto de Cortes con carácter de ley» expresa la voluntad general de la Nación, pero también realizan esta función los demás «decretos de Cortes». Y es más, la voluntad general de la nación queda más genuinamente expresada por los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes», que por las propias leyes o «decretos de Cortes con carácter de ley», ya que éstas precisan la intervención del

Rey por medio de la sanción, pudiendo ejercer el veto suspensivo, bloqueándose temporalmente de este modo la voluntad de la nación representada en las Cortes.

- C) Generalidad de los «decretos de Cortes con carácter de ley» y de los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes».

En los comienzos del constitucionalismo el concepto de ley y ley general eran sinónimos. La generalidad era una condición sustancial al concepto de ley. La ausencia de aquella suponía la inexistencia misma del concepto de ley.

Así, pues, una de las características más tradicionales y fundamentales del concepto de «ley» («decreto de Cortes con carácter de ley») es la «generalidad», entendida en el sentido de que la regulación que se contenga en la ley no debe circunscribirse a unos concretos y determinados casos, sino a todos aquellos indefinidos supuestos que puedan surgir en tanto dicha ley se encuentra en vigor.¹⁶ Anteriormente señalábamos que la voluntad general se expresa tanto por «decreto de Cortes con carácter de ley» como por los demás «decretos de Cortes», pero cualquiera que sea una de las dos categorías, ¿ha de cumplir el requisito de la generalidad?

- a) La generalidad y los «decretos de Cortes con carácter de ley».

Esta misma idea de generalidad propia de la burguesía se encuentra sostenida por los diputados de Cádiz. Así, el Diputado señor Moreno Guerra, en la discusión sobre el plan de Hacienda, en particular sobre «regalías de aposentos», afirmaba que «las leyes deben ser generales, y no reparar en pequeños accidentes, ni hacer excepciones ridículas y odiosas».¹⁷ En igual sentido se manifiesta el diputado señor Cortés en una intervención parlamentaria cuando afirma que: «Estas (las Cortes) como cuerpo legislativo, no deben ocuparse en casos particulares: sus leyes y determinaciones deben ser siempre uniformes y generales».¹⁸ Y de idéntico parecer es la opinión del diputado señor Romero que, con ocasión de la discusión del proyecto de gobierno económico-político de

las provincias, afirma que: «El carácter de la ley es proveer a los casos generales; pero un caso particular no puede ser objeto de ley». ¹⁹

Por tanto, según la opinión común de los diputados, el requisito de la «generalidad» es inherente al concepto de ley o «decreto de Cortes con carácter de ley» derivado de la Constitución de 1812.

La «generalidad», además, se encuentra estrechamente vinculada, según algunos diputados, a valores de justicia. ²⁰ Si una determinada ley carece de la condición esencial de la «generalidad» no sería «justa», porque respondería a la idea de parcialidad. Ante los grandes conflictos de intereses que han de enfrentarse las Cortes cuando elaboren una ley, el único «consuelo» de que disfrutaran los ciudadanos es el de la «universalidad de la ley», «porque nada hay que conturbe e incomode más al hombre que la idea de parcialidad e injusticia». ²¹

- b) La generalidad y los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes».

Si bien ha quedado suficientemente aclarado que la «generalidad» es una condición esencial del concepto de «ley» o «decreto de Cortes con carácter de ley», sin la cual ésta no puede existir (corresponderá contrastar esta opinión con la práctica parlamentaria desarrollada durante los años de vigencia de la Constitución de 1812), no cabría realizar igual afirmación cuando se trate de «decretos de competencia exclusiva de las Cortes». Que la «universalidad» es una «obligación general que debe distinguir a las leyes» de otras categorías normativas ya se contenía en el dictamen de la Comisión que ha entendido de la reforma del decreto sobre rehabilitación de empleados. ²² Es así, pues, que en los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes» el requisito de la «generalidad» no es de inexcusable cumplimiento. Precisamente, estos decretos están pensados para aquéllos supuestos particulares de cuya regulación queda excluido el «decreto de Cortes con carácter de ley» (piénsese en todas las materias comprendidas entre los apartados 2.º y 26.º del artículo 131 de la Constitución).

La distinción entre «decreto de Cortes con carácter de ley» y «decreto de competencia exclusiva de las Cortes», en referencia al concreto

aspecto de la «generalidad», ha sido seguida, implícitamente, por la mayoría de los diputados, como ya hemos tenido ocasión de señalar. Pero, sin embargo, existe un parlamentario que parece haber profundizado más en este sentido. Concretamente nos referimos al diputado señor Martínez de la Rosa, en cuya intervención en las Cortes define los tres requisitos que forman los «decretos de Cortes con carácter de ley»: «El carácter del asunto, su generalidad y permanencia».²³ «el carácter del asunto» lleva en sí mismo una carga adicional de indefinición que dificulta su interpretación, pero, en cualquier caso, este requisito definidor del «decreto de Cortes con carácter ley», para diferenciarla del «decreto de competencia exclusiva de las Cortes», ya se contenía, incluso, en el «Reglamento para el Gobierno interior de las Cortes», de 24 de noviembre de 1810, en el que se hablaba de «naturaleza del asunto» (art. 2, del Capítulo VI), o «asuntos que se gradúen según su importancia» (art. 13, del Capítulo VI). Pues bien, la vinculación de la «generalidad» —además de la «permanencia»— al «carácter del asunto» viene a corroborar la sustancialidad de la misma en la definición del concepto de ley («decreto de Cortes con carácter de ley») y no en la de «decreto de Cortes sin carácter de ley».

D) Ley e igualdad.

El reconocimiento de la igualdad, como uno de los principios que debe contener toda ley está presente en Cádiz. Así, en una intervención ante las Cortes, el diputado señor Calderón manifestaba que los principios fundamentales que debe contener toda ley son la libertad y la igualdad.²⁴ Carlos de Cabo señala, como una de las exigencias derivadas de la imposición revolucionaria del modo de producción capitalista, «la vigencia plena de los principios de libertad e igualdad necesarios para el desarrollo de las nuevas relaciones de producción».²⁵ Estos principios, fundamentales para el desarrollo de capitalismo, son a la misma vez esenciales para el concepto de ley. De tal manera, que el concepto de ley que se configure responde a los intereses del nuevo modo de producción.

Desde una perspectiva distinta Carl Schmitt viene a recordar que el Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de

los ciudadanos, y que tanto un principio como el otro presuponen el concepto de ley que dicho autor señala como propio del Estado de derecho²⁶ y que tiene como premisa necesaria el requisito de la generalidad. No sería admisible, pues, proclamar la existencia del principio de igualdad si antes no se ha hecho un expreso reconocimiento de la generalidad.

En todo caso, el reconocimiento de la «igualdad» supuso una ruptura radical, al menos desde una perspectiva formal, con respecto al Antiguo Régimen. En el Derecho estamental los súbditos no eran iguales ante la ley debido a la existencia de privilegios individuales y estamentales. La eliminación de estos privilegios para alcanzar un tipo de sociedad formada por hombres iguales jurídicamente fue uno de los objetivos que se propuso la burguesía. Aunque, en verdad, no puede desconocerse que la conquista de la igualdad fue más aparente que real. No olvidemos que la burguesía luchó contra los privilegios estamentales del Antiguo Régimen con el objetivo de alcanzar la igualdad ante la ley; sin embargo, es conocido, que una vez conquistado dicho objetivo con la consiguiente caída del Antiguo Régimen, no demostró la misma predisposición para mantener la igualdad entre ella y las clases populares. Es por ello que la igualdad no fue real, sino formal.

En el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 se manifestaba con especial énfasis que las leyes positivas «no pueden conocer diferencia ninguna de condiciones ni de clases entre los individuos de este mismo Estado. La ley ha de ser una para todos».²⁷ Se aprecia con nitidez que la igualdad constituye una condición sustancial a la ley. No puede admitirse la existencia de un concepto de ley que desconozca este principio básico. Bajo el «suave yugo de la ley... todos aparecen iguales».²⁸

Este principio de igualdad legal de los españoles²⁹ exige, como consecuencia derivada del mismo, el reconocimiento de la «unidad de fuero»,³⁰ y «que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la nación».³¹ Nación que se encuentra formada por hombres iguales entre sí, respondiendo al concepto surgido con la Revolución francesa, que la configura como un todo homogéneo y único.

El empeño puesto por la burguesía en la conquista de la igualdad de derechos de todos los españoles tenía un alcance mayor del que aparentemente pudiera pensarse. Le subyacía el interés por establecer la unidad del ordenamiento jurídico con el fin de evitar situaciones de privilegio que no se correspondían y podrían chocar con la estructura político-constitucional del nuevo régimen.

Por todo ello, se consagró el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley hasta el punto de considerarse como uno de los «dogmas del símbolo social».³² No obstante, Ramón Salas pone de manifiesto el frustrado deseo de ver plasmado expresamente en el texto constitucional dicho principio.³³

Además de las referencias al principio de igualdad contenidas en el Discurso Preliminar, una de las primeras manifestaciones que incidieron expresamente en el referido principio corrió a cargo del diputado señor Argüelles, en 12 de septiembre de 1811, con motivo de la aprobación del Decreto sobre abolición de los señoríos, en los siguientes y escuetos términos: «Después del decreto de señoríos, las leyes ya no pueden menos de ser iguales para todos los españoles».³⁴ También se invocó la igualdad con ocasión de dar cuenta de una representación de don Gregorio Antonio Fitzgerald, en 5 de septiembre de 1812, y en ella se exponía «que delante de la ley lo mismo es el Regente que el más pobre de los españoles».³⁵

Ya en el «trienio liberal» se volvió a incidir en este aspecto tan sustancial del concepto de ley como es el de la igualdad. En este sentido se pronuncia el diputado señor Martínez de la Rosa cuando afirma que: «Delante de la ley todos los ciudadanos son iguales; diré más; no hay ninguno que sea pequeño»,³⁶ y también con ocasión de la discusión del dictamen de la Comisión ordinaria de Hacienda sobre puertos públicos, el diputado señor Moreno Guerra recordó un principio ya conocido y referido en otros momentos: «en España, después de la Constitución, la ley ha de ser igual para todos, y sin privilegio».³⁷

En definitiva, el «decreto de Cortes con carácter de ley» es uno mismo para todos, no existiendo aquellos odiosos privilegios que correspondían a tiempos pasados. La igualdad se configura, pues, como un elemento esencial del concepto de ley propio de la burguesía.

NOTAS:

1. En este mismo sentido se manifiesta Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, pág. 16.
2. Vid. Posada, Adolfo, *Tratado de Derecho Político*, Tomo II, Madrid, 1935, pág. 275. Pacheco, Joaquín Francisco, señala igualmente que «la ley no es un acto de voluntad, sino un acto de razón», vid. *Lecciones de Derecho Político*, Madrid, 1984, pág. 57. Aunque en otro contexto, también Alcalá Galiano se refiere a que los pueblos «miren con fe a las leyes», vid. *Lecciones de Derecho Político*, Madrid, 1984, pág. 298.
3. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo I, núm. 91, 23 de diciembre de 1810, pág. 233.
4. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo I, núm. 112, 16 de enero de 1811, págs. 377 y 378.
5. Vid. Pérez Serrano, Nicolás, «Constitucionalismo y codificación», en *Estudios de Derecho Político*, Tomo II, Madrid, 1984, pág. 722.
6. Vid. Jutglar, Antoni, *Ideologías y clases en la España contemporánea (1808-1874)*, Madrid, 1973, pág. 39.
7. Vid. Díez del Corral, Luis, *El Liberalismo doctrinario*, Madrid, 1973, pág. 489.
8. Vid. García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1959, págs. 63 y ss.
9. En esta misma línea afirma Martínez de la Rosa que: «yo no quiero que la libertad individual de los españoles dependa de las personas, sino de las leyes», vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Legislatura Extraordinaria, 1821-1822, núm. 130, 2 de febrero de 1822, pág. 2.122.
10. Vid. *Reflexiones sociales*, Valencia, 1811, cit. por Artola, Miguel, en *Los orígenes de la España contemporánea*, Tomo I, Madrid, 1975, pág. 655.
11. Vid. *El Procurador general*, núm. 90, 29 de diciembre de 1812, cit. por Artola, Miguel, en *op. cit.*, pág. 655.
12. Vid. *Catecismo político, arreglado a la Constitución de la monarquía española. Para ilustración del pueblo, instrucción de la juventud y uso de las escuelas de primeras letras*, Cádiz, 1812, cit., por Artola, Miguel, en *op. cit.*, pág. 656.
13. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, 1821, Tomo II, núm. 55, 23 de abril de 1821, pág. 1.238.
14. Los requisitos que señala la Constitución de 1812 para ser elegido diputado son los siguientes: primero, ciudadano en el ejercicio de sus derechos (art. 91); segundo, mayor de veinticinco años (art. 91); tercero, que haya nacido en la provincia, o esté avecindado en ella con residencia a lo menos de siete años, bien sea del estado seglar, o del eclesiástico secular; pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la junta, o en los de fuera de

- ella (art. 91); cuarto, renta anual proporcionada, procedente de bienes propios (art. 92). Este último requisito queda en suspenso hasta que las Cortes, que han de celebrarse, señalen la cuota de renta y la calidad de los bienes de que haya de provenir (art. 93).
15. Vid. la intervención del diputado señor Martínez de la Rosa, que se expresó en los siguientes términos: «Me he levantado sólo para impugnar el que sea ley este reglamento (se refiere al reglamento de las Cortes). En ciertas materias pueden estar tan confundidos los límites que sea difícil distinguir la ley del decreto; pero tratándose del reglamento del gobierno interior de un cuerpo, no puede dudarse que no es ley. No es exacto que la ley sea la expresión de la voluntad general; y aunque así lo han dicho autores célebres, no lo tengo por un principio infalible. Si toda expresión de la voluntad general fuese ley, todo lo que las Cortes mandasen sería ley; es así que no lo es, luego es clara la consecuencia». *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 57, 29 de agosto de 1820, pág. 725.
 16. Vid. García Pelayo, Manuel, en *op. cit.*, págs. 68 y 69. Algunos autores como, por ejemplo, Laband, G. Jellinek o Anschütz, estiman que la «universalidad» no constituye elemento esencial del concepto de ley, pues pueden plantearse situaciones en las que no sea posible resolverlas invocando normas de carácter general, siendo por ello necesario normas individuales o particulares. Vid. Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, 1979, pág. 138. Ciertamente, la generalidad no supone universalidad, sino que en el ámbito de un determinado círculo de personas o relaciones sean comprendidos todos los casos. Hay otros autores que estiman que la «generalidad» de la ley no se refiere a su objeto ni a la indeterminación del número de actos a regular, sino que afecta a su finalidad y eficacia general. Así, Federico de Castro, siguiendo a Suárez en el tema de los privilegios, afirmará que la ley, normalmente será general, pero no precisa tener un objeto general o determinado de manera abstracta («lex generalis»), sino que puede tener uno individualmente concretado («lex specialis»). Vid. Castro, Federico de, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pág. 355. El supuesto básico para que el Estado de Derecho pueda adquirir pleno desarrollo se encuentra precisamente en el «carácter general de una norma jurídica». Como decía Gneist, esta exigencia constituye el «punto de Arquímedes del Estado de Derecho», cit. por Carl Schmitt, en *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 159.
 17. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo II, núm. 97, 9 de octubre de 1820, pág. 1.517.
 18. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 18, 15 de marzo de 1821, pág. 482.
 19. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo II, núm. 111, 26 de mayo de 1822, pág. 1.573.
 20. Afirma el diputado señor Calatrava ante las Cortes que: «Las leyes deben ser generales, y si no, no son leyes, o por lo menos no son justas». Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 55, 28 de agosto de 1820, pág. 696; en el mismo sentido que el diputado señor Calatrava se pronuncia el diputado señor La-Santa, en *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 77, 13 de septiembre de 1820, pág. 982. Coincide esta opinión con la que después expresará Carl Schmitt cuando afirma «que la Ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de Justicia», vid. de este autor *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 162. Vid. la intervención del diputado señor La-Santa *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo II, núm. 71, 13 de septiembre de 1820, pág. 982.

22. En el dictamen de la Comisión que ha entendido de la reforma del decreto sobre rehabilitación de empleados se dice lo siguiente: «¿Ni cómo las Cortes pudieron haber dado el carácter de ley a unos decretos que en su objeto no comprenden aquella universidad, aquella obligación general que debe distinguir a las leyes? Si tal hubiera hecho, no estarían en la resolución muy de acuerdo con los principios sancionados en la Constitución». Vid. *Actas de las Sesiones de Cortes*, Legislatura ordinaria, Tomo único, núm. 60, 19 de abril de 1814, pág. 276.
23. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 57, 29 de agosto de 1820, pág. 725.
24. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Legislatura Extraordinaria, 1821-1822, Tomo II, núm. 58, pág. 895.
25. Vid. Cabo, Carlos de, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Universidad de Salamanca, 1978, pág. 5.
26. Vid. de este autor la *op. cit.*, pág. 161.
27. Vid. Argüelles, Agustín de, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, pág. 95.
28. «De todas las instituciones humanas, ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándolos al suave yugo de la ley. A su vista todos aparecen iguales, y la imparcialidad con que se observen las reglas que prescribe será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no libertad civil en un Estado». Vid. *ídem.* pág. 95.
29. Vid. *ídem.*, pág. 104.
30. Vid. *ídem.*, pág. 100.
31. Vid. *ídem.*, págs. 101 y 102.
32. Vid. Salas, Ramón, *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Madrid, 1982, págs. 45 a 47.
33. Vid. Bermejo Vera, José Luis, en el Estudio Preliminar a la obra de Salas, Ramón, *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Madrid, 1982, pág. XLIII.
34. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo III, núm. 345, 12 de septiembre de 1811, pág. 1.830.
35. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo V, núm. 655, 12 de septiembre de 1812, pág. 3.683. Aunque en otro contexto diferente al constitucional, el requisito de la igualdad se encuentra también vinculado a la ley. Así, el señor Valls expresa la siguiente opinión: «Las leyes son el compendio de la voluntad del monarca... La igualdad es el distintivo de la justicia y sería la mayor impropiedad el pretender que una misma voluntad se mueva por razones distintas y aún encontradas. Así que la razón exige que la voluntad del Rey sea igual para todos sus vasallos, y, por lo mismo, que todos se gobiernen por unas mismas leyes». Vid. Valls, 24 de septiembre de 1809, A.C. leg. 6, núm. 29, cit. por Artola, Miguel, *Los orígenes de la España contemporánea*, Tomo I, Madrid, 1975, pág. 359.

36. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo I, núm. 63, 5 de septiembre de 1820, pág. 828.
37. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, Tomo III, núm. 115, 27 de octubre de 1820, pág. 1.924.

Compromissum. Su naturaleza jurídica

DR. JESÚS DAZA MARTÍNEZ

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Este instituto, cuya evolución histórica había sido expuesta ya a finales del siglo XIX,¹ fue estudiado posteriormente desde una perspectiva distinta, intentando determinar cuál es la estructura interna del mismo.

En este empeño destaca sin duda el esfuerzo de M. Talamanca,² a finales de los años cincuenta, por someter a revisión los resultados a que habían llegado autores como G. Rotondi,³ J. Roussier⁴ y, en particular G., La Pira.⁵

Este último romanista había mantenido la tesis de que la forma común de concebir en la doctrina romanística ese *compromissum* debía considerarse errónea. Tal concepción puede concretarse brevemente en los puntos siguientes: se trataría de un *pactum* mediante el cual las partes sometían al juicio de un tercero (*arbiter*) la decisión de un litigio. Supuesto que la setencia del *arbiter* no obligaba a las partes, éstas se habrían obligado anteriormente recurriendo a dos estipulaciones penales recíprocas que, por tanto, presuponían ya concluido el *compromissum* y se ordenaban a garantizar de forma indirecta su eficacia práctica.⁶

La Pira piensa que no es aceptable esta doctrina, en cuanto que el *compromissum* sería en realidad un negocio formal constituido por dos estipulaciones interdependientes mediante las cuales las partes someten a un *arbiter*, elegido de común acuerdo, una controversia existente entre ellos y solemnemente delimitada en la fórmula misma de la estipula-

ción, obligándose a cumplir la sentencia. Intentando precisar más su pensamiento, el autor observa que «ciò che ha sviato la dottrina è il fatto che essa, supponendolo unico, ha rivolto costantemente il suo sguardo allo scopo penale delle due stipulazioni: senza accogersi che accanto ad esso, e enzi prima di esso, queste due reciproche stipulazioni ne ponevano un altro: quello, cioè, di fissare solennemente i termini della controversia sottoposta alla decisión de ll' arbitro, in guisa da segnare a costui un programma preciso cui attenersi nel giudicare». ⁷

Prolongando esta reflexión, observa que, supuesto este error de perspectiva, era normal que se llegara a una incomprensión del proceso arbitral. En efecto, al concebirse el *compromissum* como *pactum*, a cuya naturaleza se conformaba un libre planteamiento de las controversias, el paralelismo estructural del proceso arbitral con el proceso ordinario «doveva restare necessariamente nell' ombra». ⁸

Supuestas estas consideraciones, la clave de la concepción del *compromissum* que defiende La Pira radica en las proposiciones siguientes: a) el *compromissum* no es un pacto al que se añaden extrínsecamente dos estipulaciones penales, sino un negocio formal que se realiza mediante dos estipulaciones interdependientes que tienen como objeto el someter una determinada controversia a la decisión de un *arbiter* y la obligación recíproca de la partes de cumplir la sentencia; b) el planteamiento de la controversia en la fórmula misma de las estipulaciones se hacía según esquemas idénticos a los que se empleaban en la *litis contestatio*; c) esto supuesto, el mismo paralelismo que existe entre *litis contestatio* y *compromissum* puede encontrarse también entre el *iussum iudicandi* y el *receptum arbitrii*, entre la sentencia judicial y la arbitral.

Inmediatamente antes de la toma de posición crítica de Talamanca frente a esta concepción del *compromissum*, a la que haremos referencia, había ya observado F. Bonifacio que sólo dentro de márgenes muy restringidos puede hablarse de un paralelismo entre *compromissum* y *iudicium*. Y añadía que «sembra anche azzardato ricondurre a principi unitari i due istituti e respingere in secondo piano quella che del *compromissum* è invece la caratteristica principale». ⁹ Según él, la única obligación que surge del *compromissum* tiene por objeto el pago de la pena y, respecto a tal vínculo, la inobservancia de la sentencia tiene só-

lo el papel de condición: de la decisión no nace la *actio iudicati* en ninguna época del derecho romano.¹⁰

2. EL PROBLEMA DE LA ESTRUCTURA DEL COMPROMISSUM

2.1. Compromissum y iudicium

La posición mantenida por La Pira, en el sentido de que existían unos esquemas fijos de compromiso y que tales esquemas eran idénticos a los de los *iudicia* en el procedimiento formulario, fue sometida a una crítica muy matizada y precisa por parte de Talamanca.

En primer lugar, y tras señalar que su planteamiento no encuentra base en las fuentes, observa que La Pira no distingue entre «solemnità che deriva al *compromissum* dal consistere, secondo l'ulteriore requisito formale, che l'autore presuppone, e che, in analogia a quanto avviene per i *iudicia* dell'*ordo*, dovrebbe riscontrarsi nell'onere di adibizione di particolari *verba solemnita* nella configurazione delle formule stipulatorie». ¹¹ Por otra parte, se resalta el hecho de que, sea cual sea la valoración de las relaciones entre *conventio compromissi* y *stipulationes*, y la función para la que son usadas, es evidente que las partes deben someterse a los *onera* que impone el uso de la forma estipulatoria. Pero La Pira no aporta ninguna prueba del ulterior requisito formal de que las partes, al configurar las estipulaciones debían emplear determinadas *verba*.¹²

La posición crítica de Talamanca es fundamentada por él contraponiendo el esquema de *compromissum finium regundorum* propuesto por La Pira¹³ con el que ha sido conservado en las *Tabulae Hercolanenses*,¹⁴ a propósito de una controversia *finium regundorum*.

Lo que resalta inmediatamente es el hecho de que la reconstrucción que propone La Pira contradice a lo que él mismo afirma, en cuanto que no reproduce el tenor de la *formula finium regundorum*, en cuya *demonstratio* se recordaba la *postulatio iudicis vel arbitri*; sin embargo, se inspira en el fundamento de esa *formula*, que teniendo su origen en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, «si impernia appunto sulla *postulatio iudicis*, che, nel *compromissum*, viene invece sostituita

del recuerdo del *electio arbitri*». ¹⁵ En cualquier caso, el hecho evidente es que en el pasaje citado de las *Tabulae Hercolanenses*, y que probablemente es un formulario tomado de la jurisprudencia cautelar, no se hace ninguna referencia al esquema de la *formula* del procedimiento ordinario. Tampoco se alude a la elección del *arbiter* como fundamento del procedimiento y su actividad decisoria es indicada simplemente con la expresión *sententiam dicere*. En este sentido, parece evidente que debe aceptarse la afirmación de Talamanca de que la configuración del *compromissum* en analogía con el *iudicium* recibe en este pasaje un desmentido pleno. ¹⁶

La posición crítica de Talamanca respecto a la interpretación propuesta por La Pira, se concreta, más adelante, en su toma de posición a propósito del alcance que debe darse al siguiente pasaje de Paulo:

Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet. ¹⁷

La Pira interpreta el pasaje en el sentido de que el *compromissum* aparece configurado en su forma estipulatoria, de igual modo que el *iudicium*, mientras que Talamanca observa que, desde el punto de vista literal, el único sentido que puede tener la expresión *redigitur* es que el *compromissum*, en lo que se refiere al tratamiento jurídico entra dentro de la categoría del *iudicium*, es decir, es regulado, en algunos aspectos, por las mismas normas que regulan el *iudicium* en el proceso ordinario, pero esto no significa que presente una forma exterior análoga a la del *iudicium* mismo.

Otro texto que parece favorecer la opinión de La Pira se encuentra en un pasaje del *pro Q. Roscio* de Cicerón en que parece establecerse una cierta semejanza entre la forma de la *litis contestatio* y la del *compromissum*:

Ei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: si paret H S dari. Hic nisi planum facit H S ad libellam sibi debere, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum aequius et melius sit dari. ²

Basándose en este texto, autores como Brogгинi ¹⁹ piensan que si Cicerón empleaba la fórmula *quantum aequius melius sit dari*, propia del

arbitrium honorarium pro socio, también para el *arbiter ex compromisso*, esto significaría que las instrucciones para el *arbiter addictus* y para el *arbiter ex compromisso* no eran muy diferentes. Talamanca piensa que esta forma de argumentar carece de suficiente fundamento pero reconoce, de acuerdo con una opinión dominante hoy, que el proceso entre *Roscius* y *Fannius* se habría desarrollado en la forma del arbitraje privado y no en la del procedimiento ordinario.²⁰ Aunque el término *compromissum* sea empleado por Cicerón también en relación con negocios que no tienen la forma estipulatoria, no puede sino referirse a un negocio que dé lugar a un procedimiento arbitral privado, esto es, nunca puede referirse a la *litis contestatio* de un procedimiento *per formulam*.²¹

El desacuerdo de Talamanca con la posición de Brogginì a propósito de la interpretación del pasaje de Cicerón tiene lugar sobre todo en relación con el significado preciso que deba atribuirse a la expresión *quantum aequius melius sit dari repromittique*. Mientras que Brogginì entiende que tal expresión correspondería a la *intentio incerta* de la *actio pro socio*, tal como estaba configurada en los tiempos de Cicerón, existiendo, por tanto una correspondencia entre *formula*, en la que se realizaba la *litis contestatio*, y *compromissum*, Talamanca piensa que la interpretación del pasaje de Cicerón debe ser otra. Según él, es muy probable que el orador quisiera únicamente contraponer el carácter de estricto derecho de la acción ejercitada (la *certae creditae pecuniae*) y el carácter de buena fe de la ejercitada en el proceso arbitral precedente. En otras palabras, el *quantum aequius...* sirve para determinar la pretensión deducida en el *compromissum*, «pero no importa que tal frase debiera estar necesariamente en éste». ²² Las partes, en efecto, para deducir en el arbitraje los derechos que se derivaban del contrato de sociedad no tenían obligación de referirse a la *intentio* de la *formula pro socio*, que Cicerón recuerda únicamente para indicar el carácter de buena fe de la pretensión de *Fannius* en relación con *Roscius*.

Esto supuesto, Talamanca piensa que pierde todo valor la contraposición que hace Cicerón entre *iudicium* y *arbitrium*. Se trataría únicamente de iustaponer los diversos efectos de la *actio certae creditae pecuniae* y de la *actio pro socio*, y habría empleado los términos *iudi-*

cium y *arbitrium* como indicativos de uno y otro género de acción. En suma, no pretendía con el término *arbitrium* referirse a un aspecto particular del procedimiento arbitral.

2.2. Pactum y compromissum

Uno de los problemas más importantes suscitados por La Pira es el relativo a las relaciones entre *conventio* y *stipulationes compromissi*, al cual dio una solución radical que se concreta en esta afirmación: el *compromissum* clásico no es un *pactum* o *conventio* al cual se añadan, con la función de garantía, las recíprocas estipulaciones penales, sino un negocio formal, constituido por dos estipulaciones interdependientes que sirven para someter al *arbiter* la solución de una controversia y para obligar a las partes (de forma directa o indirecta, *metu poenae*) al cumplimiento de la sentencia.

Según él, si el *compromissum* hubiera sido un *pactum* al que se añadían extrínsecamente dos estipulaciones penales, deberían haber valido para él los principios que expone Ulpiano cuando dice:

*Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.*²³

En suma, habría debido también surgir del compromiso una *exceptio pacti* derivada del *compromissum* como tal, en cuanto que *pactum: nuda pactio... parit exceptionem*,²⁴ y una *actio ex stipulatu* derivada de la estipulación penal. Sin embargo es indudable que del *compromissum*, en el Derecho clásico no nacía la *exceptio pacti*.²⁵

Supuesto, pues, que del *compromissum* no surge una *exceptio pacti* no puede decirse que sea un *pactum* en sentido técnico. Y, por el contrario, si nace de él una *actio ex stipulatu*, esto significa que la *stipulatio* es el medio con el cual se realiza el *compromissum*.²⁶ Si esto es así aparece evidente que el planteamiento de la controversia que va a someterse al *arbiter* debe conformarse a las exigencias de la fórmula estipulatoria. Ha de ser, pues, solemne y debe seguir ciertos esquemas abstractamente predeterminados y cognoscibles *a priori*.

La afirmación de que el *compromissum* no es un *pactum* parece que se contradice con la mención que hace Ulpiano de una *exceptio pacti* en el pasaje siguiente:

Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum [Sed cui rei moveatur non video: nam si ideo quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio, quamquam si petitor fuit qui stipulatus est possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem, sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere ut arbiter sententiam dicere cogatur.²⁷

En este texto, lo sustancial es la afirmación de que mientras es posible la conclusión de un compromiso en relación con las pretensiones de una sola de las partes, no es posible la conclusión de un *compromissum* con una sola *stipulatio*, ya que al concepto de *compromissum* le son esenciales las dos *stipulationes* recíprocas de las partes. La Pira observa que en el texto se insinúa la duda de si la *exceptio pacti* (que nace del *compromissum* en favor de la parte que no ha sido garantizada con la *stipulatio*) no puede ser suficiente, en orden a la intervención del Pretor, para sustituir eficazmente a la estipulación que falta, siendo negativa la decisión. No podría negarse la naturaleza de *pactum* que tendría el *compromissum* si el texto fuera clásico, cosa que no ocurre, como ha intentado poner de relieve Rotondi.

La conclusión última de La Pira será, por tanto, que la concepción del *compromissum* como *pactum* del que derivan *exceptiones* y *actiones in factum*, es típicamente justiniana. Considera interpolados otros pasajes como el siguiente:

Quod ait praetor: «pecuniam compromissam» accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria sed et si alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit [quid ergo si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur.] Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.²⁸

Ahora bien, si el *compromissum* no es un *pactum* resulta evidente la afirmación de que no puede *nudo pacto fieri compromissum*, ya que tal afirmación es contradictoria, lo mismo que lo sería esta otra: *nudo pacto stipulationem fieri*. El intento de algunos autores de interpretar la afirmación de forma positiva, pensando en dos *pacta de non petendo* que habrían sustituido en este caso a las estipulaciones penales, no lo considera aceptable por cuanto las estipulaciones penales no son algo distinto del *compromissum*, sino precisamente el medio a través del cual éste se concluye. Así pues, o bien el *compromissum* tiene lugar necesariamente mediante dos estipulaciones (y en ese caso decir *nudo pacto fit compromissum* es afirmar algo contradictorio), o bien el *compromissum* puede hacerse también *nudo pacto* y entonces puede ser también un *pactum*. Pero, según se dijo anteriormente, la concepción del *compromissum* como *pactum* es típicamente justinianasnea.²⁹

Esta posición interpretativa, seguida por algunos romanistas³⁰ es considerada por Talamanca como una consecuencia de un planteamiento no correcto de las relaciones entre *conventio* y *stipulatio*, en general, y de la regulación que tales relaciones tienen, en particular, en el caso del *compromissum*.³¹

El punto de partida de su razonamiento, pues, consiste en determinar con precisión las relaciones recíprocas entre *conventio* y *stipulatio*. Ante todo, subraya el hecho de que en la base de cualquier *stipulatio*, o de cualquier otro negocio abstracto y formal, existe una *conventio*, entendida como un acuerdo de las partes a propósito de un determinado conjunto de intereses que se pretenden con la *stipulatio*, siendo tal el sentido más probable de la conocida afirmación de *Pedius* citada por *Ulpiano*:

Ut eleganter *Pedius* ait, nullum esse contractum, nullam esse obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat.³²

Esto supuesto, se trata de poner en evidencia la relevancia jurídica que pueda tener esta *conventio* sobre la validez o la eficacia de la *stipulatio*. El problema puede plantearse en dos direcciones: o bien intentar determinar hasta qué punto la *conventio* mantiene su autonomía respecto de la *stipulatio*, o también dentro de qué límites actúa sobre la

validez o eficacia de la *stipulatio* misma. A este propósito, habrá que distinguir el tipo de estipulación que han empleado las partes, ya se trate de aquel mediante el cual asumen directamente los compromisos derivados del conjunto de intereses previamente dispuesto (y que puede dar lugar a una *obligatio in dando o in faciendo*), o de otro mediante el que asuman la obligación de pagar una determinada suma de dinero al verificarse una condición.³³ Esta segunda hipótesis es la que presenta un mayor interés, ya que la problemática de las fuentes sobre el *compromissum* está siempre centrada en la *stipulatio poenae*, y es evidente que el conjunto de intereses dispuesto previamente por las partes «in tanto potrà avere direttamente influenza sull'efficacia della *stipulatio*, in quanto sia stato trasfuso in essa».³⁴ A este propósito, es evidente que pueden darse una serie de casos concretos en los que se pase de la abstracción de la *stipulatio (centum dare spondes)* a la especificación en la *stipulatio* del conjunto de intereses existente entre las partes.³⁵

Hay que tener presente, por otra parte, que la *conventio* puede seguir desplegando sus efectos únicamente sino es absorbida en la *stipulatio*, según pone de manifiesto el pasaje de Paulo citado anteriormente.

Supuesta la estructura de la *stipulatio poenae*, la interdependencia entre estos dos órdenes de problemas desaparece. La *conventio* sigue conservando sus efectos típicos de todo orden, teniendo una relevancia singular a este propósito el conocido pasaje de Paulo en que se dice:

Duo societatem coierunt ut gramaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum essent: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscrisperunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari? Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: haec ita dari fieri spondes? futurum fuisse ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati ea ita dari fieri spondes?, sed si ea ita facta non essent, decem dari? non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) ed ideo societatis iudicio agi posse.³⁶

A parte de la intervención evidente de los compiladores en este pasaje,³⁷ hay que subrayar que el problema principal que en él se plan-

tea consiste en la discordancia aparente entre el tenor de la estipulación recordada en el caso presentado a Alfeno y el que es propio de la *stipulatio* por la cual viene dada la decisión: mientras que el primero refleja una *stipulatio* penal accesoria, el segundo refleja una *stipulatio* penal principal.³⁸

La solución que Talamanca considera más exacta es que, a pesar de la aparente equivocidad de la segunda parte del pasaje citado, se trata de un solo y único caso concreto. El inciso que se inserta (*non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret deceret et, si non fecisset, poenam sufferret*) sirve a Alfeno para subrayar que en la *stipulatio poenae* añadida el *promissor* se obliga sólo al pago de la *poena* en el sentido de que la *actio ex stipulatu* puede ser ejercitada contra él únicamente para conseguir la *poena*.³⁹

Según esto, la significación del pasaje es que no sólo esta doctrina tiene relevancia en el caso de la estipulación penal principal, sino también en la estipulación penal añadida, por la razón de que de ella nace una acción sólo para conseguir la *poena*, no para conseguir el interés. Arangio-Ruiz admite este planteamiento, pero excluye la eficacia absorbente de la *stipulatio poenae* añadida y piensa que puede justificarse la acción para conseguir solamente la *poena* basándose en la circunstancia de que después de las palabras *ea ita dari fieri neque adversus ea fieri* de la fórmula estipulatoria, no se encuentra la interrogación *spondes?*, que se refiriría sólo a la *promissio poenae*. Sin embargo, pienso que se trata de una hipótesis improbable, tanto por el extremo formalismo como por el hecho que parecería extraño que, si esta hubiera sido la *ratio decidendi*, el jurista no hubiera hecho la más mínima mención a ella.⁴⁰

Con el fin de justificar su posición interpretativa y poner de manifiesto la autonomía de la *conventio* respecto de la *stipulatio*, Talamanca pone su atención en otros pasajes del Digesto. Entre ellos, se refiere explícitamente a uno de Scaevola en que pone de manifiesto que la *conventio*, que está a la base de la *stipulatio poenae*, aunque esté desprovista de efectos obligatorios, mantiene siempre su autonomía en el sentido de que puede desarrollar los efectos que son sancionados en la *cognitio extra ordinem*.

El contenido de este pasaje es el siguiente: Flavio Hermes donó por causa de manumisión el esclavo Stico y estipuló respecto a él del siguiente modo: «si el esclavo Stico que en este día te dí por causa de donación y de manumisión, no hubiere sido manumitido y liberado con la *vindicta* por ti y tu heredero, y esto no dejara de hacerse por dolo malo mío, Flavio Hermes estipuló que se darían cincuenta a título de pena, y lo prometió Claudio». Se pregunta: ¿puede Flavio Hermes demandar a Claudio por la *libertas* de Stico? Y se responde que nada se oponía a ello. Se pregunta asimismo si, habiendo querido el heredero de Flavio Hermes pedirle al heredero de Claudio que le diera a Stico la libertad, podía el heredero de Claudio dar tal libertad a Stico, con el fin de librarse de la pena. Y se responde que ello era posible. Por último, se pregunta si, no queriendo el heredero de Flavio Hermes litigar por esa causa con el heredero de Claudio, éste deberá dar la *libertas* a Stico en virtud de la convención (*ex conventione*) que medió entre Hermes y Claudio, según se demuestra con esta estipulación. Y se responde que debe darse esa *libertas*.⁴¹

Pese a las dificultades de reconstrucción del caso concreto a que se refiere Scaevola, considero que debe preferirse la interpretación que da Haymann, en el sentido de que se trataría de una novación modal.⁴² La importancia del pasaje consistiría en que, aparte de la duración de los efectos propios de la *conventio*, en él se muestra cómo entendían los romanos la relación recíproca entre *conventio* y *stipulatio*, como se deduce de la frase *ex conventione, quae fuit inter Hermetem et Claudium ut stipulatione supra scripta ostenditur*.

Ahora bien, supuesta la autonomía de la *conventio* respecto de la *stipulatio*, debe ponerse de manifiesto cuál es la influencia de aquella sobre la eficacia de ésta, sobre todo en lo que se refiere a la *commissio poenae*, yendo más allá de las posiciones mantenidas anteriormente.⁴³ Debe tenerse presente la naturaleza de negocio formal que conserva la *stipulatio* durante todo el período clásico, lo cual hace que los efectos que nacen de la misma estén condicionados por el tenor de la *stipulatio* misma. En otras palabras, la relación de la *commissio poenae* con la *conventio*, la eventual dependencia de ella de la valoración de la prestación que no se ha realizado y que con la *stipulatio poenae* se quería forzar

de forma indirecta, depende únicamente de la configuración de la *condicio stipulationis* y de la circunstancia de si ésta constituye un momento idóneo de vinculación entre la *commissio poenae* y la disciplina del conjunto de intereses que subyace a la *stipulatio*.

Talamanca distingue dos casos extremos en los que es posible delinear fácilmente el tratamiento de la *commissio poenae*, junto con otros casos intermedios en que esto es más difícil. Un primer caso es aquel en que las partes se refieren, como *condicio* de la *commissio poenae*, a la no ejecución de una prestación que se considera desvinculada del conjunto de intereses en que tiene una incidencia natural. Se trata de lo que puede llamarse «estipulación penal abstracta» y que se encuentra en pasajes como el siguiente:

Item si quis stipuletur: «si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?...⁴⁴

Otro es aquel en que las partes se prometen de forma unilateral o recíproca una pena para el caso en que se viole el conjunto de intereses que determinaron entre ellos, pudiendo llamarse «caso de estipulación penal accesoria» y que puede ejemplificarse en un pasaje de Paulo en que las partes hacen seguir al *pactum conventum societatis* una *stipulatio*: *si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*⁴⁵

Pues bien: lo que la doctrina anterior califica como tratamiento de la *stipulatio poenae* según el régimen de la *condicio* puede aplicarse sólo al caso de la estipulación penal abstracta en la que no existe vinculación con la *conventio* subyacente. Ahora bien, Talamanca subraya que esto no significa que en el otro caso, no se apliquen a la *stipulatio poenae* las normas sobre la *condicio*. Únicamente se afirma que la *condicio* está configurada de tal manera «che essa viene concretata unicamente dall'inadempienza, valutata secondo i criteri propri della *conventio* sottostante, degli impegni assunti con questa e non dal solo fatto del mancato verificarsi della prestazione dedotta *in condicione*».⁴⁶

2.3. Función de las stipulationes en el compromissum

En su intento de demostrar la estructura estipulatoria del *compromissum*, La Pira sigue, en síntesis, el proceso siguiente: si el *compromissum* no es un pacto en sentido técnico, al tener como fundamento

una *conventio* entre las partes, hay que deducir que se trata de uno de aquellos *pacta* que *transeunt in aliud nomen*, es decir, que adquieren consistencia jurídica al transfundirse en un negocio típico. En este caso concreto, ese negocio es la *stipulatio*. En otras palabras, el acuerdo que realizan las partes para someter a la decisión de un tercero una controversia adquiere relieve jurídico mediante la *stipulatio*, teniendo en cuenta, por otra parte, que serán necesarias tantas estipulaciones cuantas sean las partes que se comprometen. Todas estas estipulaciones, finalmente, están relacionadas entre sí; más aún: son elementos de un negocio que es el *compromissum*.⁴⁷

La estructura clásica de éste, pues, sería la de un negocio formal, bilateral o plurilateral, concluido mediante dos o más estipulaciones con las que las partes someten una controversia a la decisión de un árbitro elegido por ellas, obligándose recíprocamente a respetar la sentencia.

En su intento de aportar pruebas en favor de la estructura estipulatoria del *compromissum*, La Pira destaca sobre todo el hecho de que los textos en que se hace referencia a él aluden siempre, de forma directa o indirecta a las estipulaciones que lo constituyen. La razón de ello la encuentra en el hecho de que la estructura estipulatoria del *compromissum* es la que se presupone en el edicto del Pretor, de cuyos comentarios se derivan estos textos. El edicto decía literalmente así:

Qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam.⁴⁸

Si no existía un *compromissum*, no intervenía el Pretor,⁴⁹ y un *compromissum* existía únicamente cuando ambas partes se habían obligado recíprocamente mediante la *stipulatio* a someterse a la sentencia del árbitro. Especialmente significativo es, en este sentido, el siguiente pasaje de Ulpiano, citando a Pomponio:

si de meis solis controversiis sit compromissum, et de te poenam sim stipulatus, videndum, ne non sit compromissum; sed cui rei moveatur, non video. Nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est, licet enim et de una re compromittere; si vero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. Quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici, plenum esse compromissum, quia is, qui convenitur, tutus est veluti pacti exceptione; is, qui convenit, si arbitrio non pareatur, ha-

bet stipulationem. Sed id verum esse non puto; neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.⁵⁰

Basándose en este texto, La Pira subraya, por una parte, que el *compromissum* supone las estipulaciones recíprocas de las partes, no siendo suficiente la *stipulatio* de una sola de ellas. En cuanto al modo de extinción, el *compromissum* revela de forma inequívoca su estructura estipulatoria, en cuanto que entre los modos de extinción del mismo es indicada también la *acceptilatio*.⁵¹ Esto demostraría que el *compromissum* es un negocio *verbis contractum*, puesto que *non pot est verbis tolli quod non verbis contractum est*.⁵²

Finalmente, considera que es una consecuencia de la estructura estipulatoria del *compromissum* el hecho de que en él se aplica un principio que es característico de la *stipulatio*, a saber, aquel según el cual *tot sunt stipulationes quot res*.⁵³ También en el *compromissum*, cuando tiene por objeto varias controversias no unidas entre ellas con unidad de causa, puede decirse que *tot sunt compromissa quot controversiae*.⁵⁴

Desde una óptica diferente, y como punto de partida de su empeño de poner de manifiesto el carácter accesorio de las *stipulationes compromissi*, Talamanca observa que la *conventio* que subyace a las *stipulationes penales* tiene, en este caso, un contenido cuyos efectos pueden dividirse en dos categorías. Por una parte, la constitución del tribunal arbitral y la presentación al mismo de la controversia en los límites fijados por las partes y, por otro lado, el compromiso que éstas asumen a realizar los actos necesarios para que el proceso pueda culminar en la sentencia.⁵⁵ Es evidente que los efectos vinculados a la primera categoría son siempre propios de la *conventio compromissi* y no pueden ser absorbidos ni siquiera por la eventual *stipulatio in faciendo* que las partes pudieran concluir respecto a las obligaciones asumidas en orden al proceso y a la sentencia.⁵⁶

Esto supuesto, considera incomprensible que La Pira haya podido referir estos efectos al *compromissum* entendido como negocio completo, resultante de las recíprocas estipulaciones entre las partes. Literalmente afirma que «non ha neppure tentato di dimostrare come la giurispru-

denza romana sia arrivata a concepire il *compromissum* como un unico negozio complejo sulla base dell'interdependenza delle stipulazioni». ⁵⁷

Más transcendencia tiene para él otro problema que se plantea inmediatamente, a saber, el que hace referencia al momento de la unión entre *conventio* y *stipulatio* en el *compromissum*, en cuanto de él depende el carácter autónomo o accesorio de la *stipulatio* de la *conventio* subyacente. Y considera particularmente significativo a este propósito los dos documentos de *compromissum* que se conservan en las Tabulae Hercolanenses. ⁵⁸ En el primero de ellos, es evidente que la *stipulatio poenae* es configurada como sanción del conjunto de intereses existente entre las partes y que es delimitado por la frase inicial *Inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est et arbiter electus est, ut arbitrato eius res terminetur...* ⁵⁹ Es especialmente interesante lo que se afirma más adelante: *... de ea controversia ita stipulati sunt itaque (pac)ti...*, aunque se trata de una reconstrucción, Arangio-Ruiz y Pugliese-Caratelli consideran muy probable que sea la exacta. ⁶⁰

Una confirmación de esta doctrina se encuentra también en el siglo III, en una Constitución de Caracalla en la cual se lee:

Ex sententia arbitri, ex compromisso iure perfecto aditi, appellari non posse, saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committi, qui ei non paruerit. ⁶¹

Así pues, la *poena* sólo sirve para asegurar a las partes los efectos que la *conventio compromissi* no puede producir. Esto significa, en otras palabras, que su accesoriedad respecto a la *conventio* es evidente. Algunos autores, como Donatuti, ⁶² aunque reconocían el carácter accesorio de la *stipulatio poenae* en este caso concreto, afirmaban, sin embargo, que se trataba de una estipulación penal añadida, ⁶³ afirmación que no puede admitirse porque, como afirma Talamanca, «alcun indizio non si può ricavare dal testo.» ⁶⁴

Por otra parte, hay que tener presente que, al referirse al *compromissum*, los juristas romanos nunca hacen referencia a la cuestión de la forma estipulatoria empleada, a propósito de las relaciones entre *con-*

ventio y *stipulatio*, sino que siempre tratan el negocio en el sentido de considerar accesoria la estipulación respecto al conjunto de los intereses subyacentes. Esto puede y debe interpretarse en el sentido de que es suficiente la referencia al *sententiae arbitri stari* para que pueda deducirse que las partes han querido configurar las estipulaciones *compromissi* como accesorias a la *conventio*.⁶⁵

Es también significativo a este propósito que Ulpiano afirme que la *stipulatio compromissi in faciendo* tiene como objeto, simplemente el *sententiae stari*:

Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.⁶⁶

Las fuentes ofrecen también otros datos que ilustran esta relación entre *conventio* y *stipulationes poenae*, al mismo tiempo que ponen de manifiesto la terminología empleada por los juristas romanos. Entre otros pasajes, es significativo, por ejemplo, el siguiente de Cicerón:

Ambitus redit immanis; numquam fuit par. Idib. Quint. faenus fuit bessibus ex triente coitione Memmi est quo cum Domitio; hanc Scaurus unum vincere Messala flaccet. Non dico vel HS centiens constituunt in praerogativa pronuntiare. Res ardet invidia. Tribunicii candidati compromiserunt HS quingenis in singulos apud M. Catonem depositis petere eius arbitratu, ut, qui contra fecisset, ab eo condemnaretur. Quae quidem comitia si gratuita fuerint, ut putantur, plus unus Cato potuerit quam omnes leges omnesque iudices.⁶⁷

Este pasaje de Cicerón se completa con otro del mismo autor que hace también referencia a los intereses propios de los candidatos al Tribunado y que, conjuntamente, ponen de manifiesto que las estipulaciones recíprocas no son la clave última para interpretar el significado del conjunto de intereses que están aquí en cuestión.⁶⁸

Tras un análisis riguroso de estos pasajes, hay que concluir que en la conciencia de una persona jurídicamente formada como era Cicerón, *compromittere* o *compromissum* se referían solamente al conjunto de intereses establecido previamente por las partes y a la designación de un árbitro que pusiera fin a una determinada controversia, sin tener ninguna relación con la forma estipulatoria.⁶⁹

En este sentido es reveladora la afirmación que hace Ulpiano, y en la que distingue claramente entre el conjunto de intereses establecido por las partes (designado con el verbo *compromiserit*) y la *stipulatio poenae* correspondiente:

Item quaeritur si cum eo, a quo tibi sexaginta deberentur, compromiseris, deinde per imprudentiam poenam centum stipulatus fueris.⁷⁰

Por otra parte, es indudable que esta forma de entender el *compromissum* encuentra una confirmación importante en la disciplina propia del mismo. Refiriéndose, por ejemplo, a algunas de las causas de extinción del compromiso, Paulo afirma:

Summa rei est, ut Praetor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum, sive sit, sed pendeat, an ex eo poena exigi potest, sive postea deficiat poena compromisso soluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto.⁷¹

Frente a la posición de La Pira que considera que en este pasaje la palabra *pacto* está interpolada, en cuanto correspondería en este caso, a la concepción bizantina, según la cual el *compromissum* es un *pactum*,⁷² Talamanca subraya que este razonamiento carece de base, ya que, al emplearse las estipulaciones penales de garantía para compromisos asumidos con la *conventio*, «se le parti operano una risoluzione per mutuo dissenso della stessa, ove questa sia ammissibile, venendo meno gli impegni che da questa derivano, non può più incorrersi nella *poena*». ⁷³

Hay que tener presente que Paulo está ocupándose en este pasaje del tipo común de *compromissum*, es decir, de aquel que se acompaña de recíprocas *stipulationes poenae*. Podría, en este sentido, plantearse le objeción de que el jurista se refiere únicamente a las condiciones de la intervención de la *coërcitio* pretoria, que dejan de tener relevancia cuando la garantía estipulatoria subsiste sólo respecto a una de las partes. Pero no es este el caso, ya que Paulo hace depender la *solutio compromissi die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto*. Y, como observa Talamanca, entender la expresión *compromisso soluto* únicamente en el sentido de que cesa un compromiso idóneo para la intervención de la *coërcitio* pretoria, subsistiendo la eficacia de la *stipulatio* no extinguida (por ejemplo, de la *acceptilatio* o del *pactum de non petendo*), no pare-

ce posible, en cuanto que si el término *compromissum* es empleado en el sentido de compromiso idóneo para obtener la coacción pretoria, cuando el jurista afirma *compromissum solvitur*, quiere indicar la extinción del compromiso y no sólo su carencia de idoneidad respecto a la *coërcitio*.

Más difícil es la interpretación del término *iudicium* en el pasaje de Paulo, causa de la ambigüedad de la expresión. Sin embargo, parece que deba excluirse totalmente que el jurista haya querido indicar con ella la *deductio in iudicium* de la pretensión expresada en el *compromissum*. En efecto, la *deductio* podía tener lugar de común acuerdo, y entonces podía plantearse el problema de si el comportamiento de las partes debía ser interpretado como una extinción del *compromissum* por consentimiento mutuo,⁷⁴ o bien por iniciativa de una sola de las partes. En este último caso el fundamento de la *solutio compromissi* era la *commissio poenae*, no la *deductio in iudicium*. Hay que tener presente además que la expresión usada por el jurista habría sido muy poco precisa para referirse a la *litis contestatio* sobre la pretensión comprometida.⁷⁵

Además de los modos de extinción del *compromissum* a que se ha hecho referencia, y que se basan en un hecho extintivo de una de las dos estipulaciones penales accesorias al mismo, conviene tener presente otro más a que hace alusión Paulo con estas palabras:

semel commissa poena solvi compromissum rectius puto dici; nec amplius posse committi, nisi id actum sit, ut (in) singulas causas toties committatur.⁷⁶

Para entender este pasaje y el significado real que le atribuye Paulo, hay que tener presente lo que afirma en otra ocasión, en sus Comentarios al Edicto, en el sentido de que si alguno dedujera en juicio el asunto sobre el cual se hubiera hecho el *compromissum*, no interviene el Pretor para obligar al árbitro a pronunciar la sentencia porque ya no puede haber pena. Pero si esto fuera así, sucederá que estaría en la facultad de quien se arrepintiera de haberse comprometido el eludir el compromiso. Por tanto, se habrá de imponer la pena y el pleito deberá continuar por sus trámites ante el juez:

Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt, Praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam

poena non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinerit, futurum est, ut in potestate eius, quem poenitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo adversum eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.⁷⁷

Aunque la primera parte del pasaje, en la que la expresión *quidam dicunt* es ciertamente interpolada, parezca indicar que en la *deductio in iudicium* de la pretensión objeto del *compromissum* aparezca como una violación de éste, es indudable que se trata de un pasaje interpolado y que su significación se aclara teniendo presente la segunda parte del mismo. Sin embargo, algunos autores, entre ellos Rotondi,⁷⁸ piensan que, en el derecho clásico, era posible plantear la cuestión de si la *deductio in iudicium* de la pretensión comprometida entrañaba o no tal violación. Más recientemente, parece imponerse como infundado tal planteamiento. En efecto, la función del *compromissum* es asegurar a las partes la solución de la controversia sin que tenga lugar la intervención de la jurisdicción ordinaria, y es evidente que el acudir a ésta es una violación del compromiso. Por tanto, el significado del pasaje y la opinión de los *quidam* a que se refiere Paulo deben entenderse en el sentido que el mismo jurista expresa en el pasaje anterior (D. 4,8,34,1). En otras palabras, la intervención del juez produce la *commissio poenae* y, por tal motivo, no puede ser constreñido el árbitro a pronunciar la sentencia, *quia iam poena non potest esse*.⁷⁹

Por otra parte, Talamanca piensa que el problema concreto que se planteaba Paulo en el pasaje que cita *D. 4.8.34.1* puede deducirse de las palabras finales del mismo: ... *nisi id actum sit, ut (in) singulas causas toties committatur*. A parte de la posibilidad de que las partes hubieran previsto de forma expresa la *commissio poenae* para cada una de las violaciones del *compromissum*, el jurista pudo plantearse el problema que se derivaba de la eventual aplicación a un caso concreto del principio enunciado por el mismo Paulo:

Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.⁸⁰

En el párrafo primero del texto, en que se afirma que siempre que habiéndose pactado muchas cosas se añade a todas ellas una estipula-

ción, se establece que los acuerdos que tuvieron lugar durante el período previo a ella, se contienen en esa *stipulatio*, mientras que en el párrafo tercero se plantea un problema diferente, a saber si la única *stipulatio*, sujeta a una serie de acuerdos, debe entenderse como un único negocio o varios. Este problema, por otra parte, es tratado en una serie de pasajes en que es evidente la tendencia de la jurisprudencia romana a admitir una pluralidad de negocios cuando esto se corresponda con el interés práctico de las partes. Entre la compleja problemática tratada por los juristas romanos, puede hacerse referencia a algunos pasajes concretos. Ulpiano, por ejemplo, escribe:

Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quod corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem.⁸¹

Talamanca opina que un planteamiento semejante se hacía también para la *stipulatio poenae*, que desempeñaba una función de garantía para los compromisos asumidos por las partes. Y subraya que es evidente que si, bajo este punto de vista, se hubiera reconocido la posibilidad de una reiteración de la *commissio poenae*, no se podría haber llegado a la conclusión de que el *compromissum* debía considerarse extinguido.⁸² La solución que ofrece Paulo es negativa y se basaba, probablemente en la estructura de la *stipulatio poenae*, en cuanto que, en ella, a diferencia de la que ocurría en la *stipulatio in faciendo*, era uno sólo el objeto de la *stipulatio*, a saber, el pago de la suma de dinero cuando se verificara la *conditio stipulationis*. En este sentido, debe recordarse el siguiente pasaje de Ulpiano:

In hac stipulatione, quia plures causae sunt una quantitate conclusae, si committeretur statim stipulatio ex uno casu, amplius ex alio committi non potest.⁸³

2.4. Sentencia arbitral y sentencia judicial

En su intento de poner de manifiesto lo que él considera identidad estructural entre *arbitrium* y *iudicium*, y tras haberse referido a la correspondencia que, según él, existe entre *iudicium* y *arbitrium* y entre *ius-*

sum iudicandi y receptum arbitrii, La Pira subraya igualmente la identidad entre sentencia arbitral y sentencia judicial.

Para poner de manifiesto las razones de su planteamiento, alude, por ejemplo, al hecho de que el *arbiter* como el *iudex* debe juzgar normalmente en unos determinados días.⁸⁴ Igualmente, y a pesar del mandato del pretor, puede también jurar *sibi de causa nondum liquere*, haciéndose conceder más tiempo para deliberar:

Proinde si forte urgeatur a Praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere spatium ei ad pronuntiandum dari.⁸⁵

Asimismo la sentencia arbitral debe ser pronunciada, como la del juez, *coram partibus*.⁸⁶ Antes de la sentencia definitiva el *arbiter* puede publicar órdenes *de preparatione causae*, considerándose como tal la orden mediante la que intima a las partes su presencia ante él:

Unde videndum erit, an mutare sententiam possit? Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo, quod iussit, an eo, quod vetuit, stari debeat? Et Sabinus quidem putavit, posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat, et ait Sabinus non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae, utputa si iussit litigatores Kalendis adesse, mox Idibus iubeat; nam mutare eum diem posse; ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse.⁸⁷

Además, y tal como ocurre con el juez, el *arbiter* no puede modificar su sentencia,⁸⁸ debiendo coincidir esa sentencia, como la del *iudex* con el *compromissum*, ya que, según la expresión de Papiano, debe ser emitida *secundum formam compromissi*,⁸⁹ eliminando cualquier controversia.⁹⁰

Igual que ocurre con la sentencia del *iudex* en el procedimiento ordinario, la sentencia arbitral puede contener: 1) como se deduce del siguiente pasaje de Ulpiano:

Si arbiter ita pronuntiasset, nihil videri Titium debere Seio, tametsi Seium non vetuisset petere, tamen si quid petiisset, videri contra sententiam arbitri fecisse; et id Ofilius et Trebatius responderunt.⁹¹

2) Una absolució n o condena:

cum constet Titium Seio centum non debere Titium a Seio centum absolvo⁹²
cum constet Titium Seio centum debere Titium Seio centum condemno.⁹³

3) Una *adiudicatio*, como sucede, por ejemplo, en el pasaje siguiente:

Inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est, et arbiter electus est, ut arbitrato eius res terminetur; ipse sententiam dixit praesentibus partibus, et terminos posuit; quaesitum est, an, si ex parte Castelliani arbitro paritum non esset, poena ex compromisso commissa est? Respondi, si arbitro paritum non esset in eo, quod utroque praesente arbitratus esset, poenam commissam.⁹⁴

4) Finalmente, tal como ocurría en la sentencia judicial,⁹⁵ la sentencia arbitral debía tener un contenido claramente determinado:

Pomponius ait, inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, utputa: «quantum ei debes, redde; divisioni vestrae stari placet; pro ea parte, quam creditoribus tuis solvisti, accipe».⁹⁶

Desde otro punto de vista, La Pira ve en el carácter pecuniario de la condena una demostración evidente de la identidad entre la sentencia arbitral y la judicial.⁹⁷ Es decir, también en caso de *compromissum* relativo a una controversia real, el objeto de la *condemnatio* no es la *res* controvertida sino el equivalente pecuniario de ella. En controversias de esta naturaleza, el *arbitrium*, como ocurre en los correspondientes *iudicia*, lleva la cláusula *arbitraria* de restitución. Antes de promulgar la sentencia definitiva, el *arbiter* invita a la restitución de la cosa, del mismo modo que lo hace el juez, y sólo si esta invitación no es aceptada condena a la parte que no cumple al pago del equivalente pecuniario. El único pasaje en que fundamenta estas afirmaciones es el siguiente:

Arbiter intra certum diem restitui iussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil acquiritur, sed nihilominus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum.⁹⁸

Contra el carácter pecuniario de la condena en la sentencia arbitral no puede aducirse un texto de condena *in ipsam rem* referido en el ya citado pasaje del Digesto en que se afirma: *divisioni vestrae stare pla-*

cet.⁹⁹ La razón es que se trata aquí de una sentencia relativa a un *arbitrium divisorium*, y en éste no tiene necesariamente que existir una condena pecuniaria, sino que puede contener una simple *adiudicatio*. Eso mismo se hace evidente también en los correspondientes *iudicia divisoria*.

En efecto, en las Instituciones de Justiniano se lee, por ejemplo, el pasaje siguiente:

Si familiae erciscundae iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet, et, si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut iam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit aut consumserit. Quae quidem similiter inter plures quoque, quam duos coheredes subsequuntur.¹⁰⁰

La identidad de principios que regulan la sentencia arbitral y la judicial se hace evidente, una vez más, en el carácter inapelable de las mismas. En el caso de la primera, debe recordarse el pasaje del *Codex* en que el Emperador Antonino recuerda a Nepociana que frecuentemente se respondió por rescriptos que no se puede apelar de la sentencia del árbitro al que se recurrió en virtud de un compromiso realizado conforme a derecho, porque tampoco se puede dar en virtud de ella la acción de cosa juzgada, y por eso se promete por ambas partes una pena, para que por medio de ella no actúe contra lo convenido:

Ex sentia arbitri, ex compromisso iure perfecto aditi, appellari non posse, saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum indicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit, qui ei non paruerit.¹⁰¹

Este principio común de la inapelabilidad revela claramente la identidad de estructura de los institutos que están a la base del *arbitrium* y del *iudicium*, a saber, el *compromissum* y la *litis contestatio*. Con ambos, subraya La Pira,¹⁰² las partes únicamente han pretendido someter su controversia a una persona privada y someterse a su sentencia. Al ser promulgada ésta se alcanza el fin que se perseguía y termina el procedimiento. Incluso en el caso de que tal sentencia sea claramente injusta, no es más que la conclusión de aquello que las partes han queri-

do mediante el *compromissum* o la *litis contestatio*. Por lo que, según afirma Ulpiano

Stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive ini-
qua sit; et sibi imputet, qui compromisit. Nam et Divi Pii Rescripto adicitur:
«vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet».¹⁰³

La posición de La Pira a propósito de la identidad entre sentencia arbitral y sentencia judicial, basada en el carácter pecuniario de la condena, ha sido considerada por Talamanca como carente de base.¹⁰⁴ Su interpretación del texto citado de Papiniano es inexacta: ya en el siglo dieciocho la doctrina había puesto de manifiesto que la *conventio compromissi* preveía en el caso de la no restitución de los esclavos, la condena a una multa fiscal; a esta *conventio* se añadía la *stipulatio* con la que las partes se prometían recíprocamente la *poena* por el incumplimiento de las obligaciones asumidas. El pronunciamiento del árbitro en favor del fisco no corresponde, pues, a la condena pecuniaria sino que «deriva dalla particolare configurazione della fattispecie, in quanto era stata espressamente prevista dalle parti nella *conventio compromissi*».¹⁰⁵

Por otra parte, no es fácil salvar a La Pira de contradicción evidente en sus afirmaciones. Si se sostiene que, en el caso concreto aludido por Papiniano, la *stipulatio compromissi* era concebida en favor del fisco, el árbitro que condenaba a la parte que no cumplía al pago de la *poena* habría emitido un veredicto inútil, ya que el *arbiter ex compromisso* no puede decretar la *poena*. He aquí cómo se expresa Ulpiano a este propósito:

Item si arbiter poenam ex compromisso peti vetuerit, in libro trigesimo tertio apud Pomponium scriptum habeo, non valere: et habet rationem, quia non de poena compromissum sit.¹⁰⁶

Es preciso tener presente que Ulpiano no se refería en el párrafo final de este pasaje más que a la *commissio* de la *poena* que las partes se habían prometido recíprocamente. No se aludía, como creen algunos, a una hipotética conversión de la *stipulatio* en favor del fisco (que era ineficaz), en una *stipulatio* eficaz *inter partes*. Esto se deduce básicamente de la expresión *secundum formam compromissi*.¹⁰⁷

Tampoco es convincente la posición de La Pira a la hora de explicar la posible función que tendría el carácter pecuniario de la condena. Según él, habría determinado el *quanti ea res erit* que era el objeto de la *stipulatio poenae*. Ahora bien, tal planteamiento está en contradicción con lo que se lee en las *Tabulae Hercolanenses*, aparte de no acomodarse a la terminología propia de las fuentes, en las que se hace referencia constante —como objeto de la *stipulatio compromissi*— a la *poena* que no abarca, en estricto rigor, también la promesa de una *summa incerta*, como el *quanti ea res erit*.

Hay otra razón, todavía más decisiva, que invalida el planteamiento de La Pira y es que el *iudex* de la *actio ex stipulatu*, con la que se tendía a conseguir el *quanti ea res erit*, no estaba en modo alguno vinculado por la decisión del árbitro.¹⁰⁸ Es evidente, por otra parte, que a esta interpretación parece oponerse un pasaje de Javoleno en el que se dice:

Non ex omnibus causis, ex quibus arbitri paritum sententiae non est, poena ex compromisso committitur, sed ex his duntaxat, quae ad solutionem pecuniae, aut operam praebendam pertinent. Item contumaciam litigatoris arbiter punire poterit pecuniam eum adversario dare iubendo; quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibitae non sunt.¹⁰⁹

Hoy se considera indudable que la parte del texto *idem... iubendo* es un inciso que, por otra parte, no se relaciona directamente con el problema aquí planteado. Lo fundamental, según Talamanca,¹¹⁰ es que el jurista para determinar cuáles son los pronunciamientos del árbitro (cuya inobservancia produce la *commissio poenae*), los identifica con los que tienen por objeto una *solutio pecuniae* o un *operam praebere*, de este modo, habría distinguido Javoleno entre los pronunciamientos que definen el litigio (*quae ad solutionem pecuniae pertinent*) y aquellos otros que *ad operam praebendam pertinent*.

Hay que tener presente, en efecto, que la palabra *sententia* no tiene el valor exclusivo de decisión que define la controversia. Paulo, por ejemplo, recuerda un pasaje de Casio en que se distingue entre *sententia quae arbitrio finiat*, y *sententia de preparatione causae*:

Unde videndum erit, an mutare sententiam possit? Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo, quod iussit, an eo, quod ve-

tuit, stari debeat? Et Sabinus quidem putavit, posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat, et ait Sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae, utputa si iussit litigatores Kalendis adesse, mox Idibus iubeat; nam mutare eum diem posse; ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse.¹¹¹

Esto supuesto, y teniendo presente la distinción citada de Javoleno, cabe preguntarse si el contenido de la sentencia definitiva quedaba únicamente limitado al pago de una suma de dinero. Es indudable que existen sentencias arbitrales en que esto no ocurre, por ejemplo en los juicios divisorios, por lo que los posibles contenidos de la sentencia no se agotan en el ejemplo de Javoleno. En este sentido tiene una relevancia singular un pasaje de Paulo en que discute la validez de una sentencia que hubiera ordenado a las partes recurrir a otro árbitro o a la jurisdicción ordinaria, o hubiere impuesto una determinada *satisdatio* de acuerdo con el *arbitrium* de un tercero. En caso de que la sentencia del árbitro sólo pudiera contener la orden de pagar una determinada suma de dinero, no existiría siquiera posibilidad de plantear tal discusión y la motivación para excluir la validez de tal sentencia debería ser distinta de la que se apunta en este pasaje y que está fundada sobre la no existencia de una sentencia definitiva. El pasaje a que hacemos referencia es:

Quaesitum est de sententia dicenda, et dictum, non quamlibet, licet de quibusdam variatum sit; et puto vere non committi, si dicat, ad iudicem de hoc eundum vel se, vel alium (in) se, vel in alium compromittendum. Nam et Iulianus, impune non pareri, si iubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit — quod si hoc modo dixerit, ut arbitrii Publii Maevii fundus traderetur, aut satisdatio detur, parendum esse sententiae—; idem Pedius probat; ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controversiae eum imponere oportet; non autem finiri controversiam, quum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, partemque sententiae esse, quemadmodum satisdetur, quibus fideiussoribus; idque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum sit, ut arbiter statueret, cuius arbitrato satisdaretur.¹¹²

2.5. Exceptio ex compromisso

Una de las razones que suelen aducir quienes niegan al *compromissum* el carácter de *pactum* viene dada por el hecho de que las fuentes excluyen la *exceptio pacti* para tutelar los compromisos asumidos con

el mismo. Los textos fundamentales son dos, uno de los cuales pertenece a Ulpiano y dice:

ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.¹¹³

El otro ha sido conservado fuera de la compilación justiniana¹¹⁴ y es éste:

Item ex corpore Gregoriani. Qui contra arbitri sententiam petit sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam exceptio pacti conventi.¹¹⁵

Supuesta la genuinidad de tales pasajes,¹¹⁶ es evidente que según ha puesto de relieve Roussier,¹¹⁷ tal era el régimen clásico, como se deduce de la circunstancia de que las fuentes se refieren como único medio de sanción del *compromissum* a la *poenae petitio*, a pesar de que sería admisible la *exceptio pacti*. Ulpiano, por ejemplo, dice:

Labeo ait, si compromisso facto sententia dicta est, quo quis a minore viginquinque annis tutelae absolveretur, ratum id a Praetore non habendum; neque poenae eo nomine commissae petitio dabitur.¹¹⁸

Paralelamente, Celso afirma también que, aunque el árbitro hubiera vetado que una parte reclamase a la otra, si el heredero hace la reclamación, incurrirá en la pena (*poenam committet*), puesto que no se acude a los árbitros para diferir los pleitos sino para poner fin a los mismos:

Quamvis arbiter alterum ab altero petere vetuit, si tamen heres petit, poenam committet; non enim differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur.¹¹⁹

En su intento de determinar la razón última por la que la jurisprudencia clásica excluía la *exceptio pacti* del caso del *compromissum*, Talamanca observa que no se trata aquí del problema de si del *compromissum*, en cuanto *conventio*, surge una *obligatio a sententia stari*, en cuanto que el *compromissum* nunca es causa obligatoria típica, sino únicamente se plantea la cuestión de si, a través de la *stipulatio*, puede asumirse (en lugar de la obligación de pagar una pena en caso de transgresión de las obligaciones que se derivan de la *conventio*) la obligación, *in faciendo*, de cumplir la sentencia arbitral y, precedentemente, las obligaciones de naturaleza procesal que hacen posible que el árbitro pronuncie una sentencia válida.¹²⁰ Esta posibilidad fue señalada por Ulpiano de forma expresa diciendo:

Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversum eum foret actio.¹²¹

El sentido obvio de este pasaje es que, puesto que se ha prometido sólo el *sententia stari*, se deberá actuar contra la parte que no cumple con la *actio incerti*, ya que el objeto de la *stipulatio* es un *facere*, a no ser que se demuestre la existencia efectiva de un daño. En este sentido no parece tener consistencia la apelación que hace Roussier a la regla de la *perpetuatio obligationis* por efecto de la conducta dolosa del que promete.¹²²

Otros romanistas posteriores como Collinet y Schulz,¹²³ que apoyan la posición mantenida por Rotondi¹²⁴ restringen a la *obligatio poenae* la sanción jurídica que deriva del conjunto de intereses que han sido decididos previamente por las partes. Sin embargo, no precisan de qué depende esta restricción del *compromissum* al pago de la *poena*, aunque parecen atribuirle a la voluntad de las partes. En caso de que así fuera, no podía explicarse, entre otras cosas, por qué los juristas y emperadores rechazaron tan abiertamente la posibilidad de oponer la *exceptio pacti ex compromisso*.

Al intentar, pues, determinar la causa de tal exclusión, es más coherente, a mi juicio, la posición mantenida por Talamanca en el sentido de que es el resultado de la valoración dada al caso concreto por la interpretación de los *iurisprudentes*, aunque el fundamento de tal valoración no puede ser determinado de forma precisa, es importante tener presente la observación que hacía ya Declareuil a finales del siglo pasado,¹²⁵ en el sentido de que la concesión de la *exceptio pacti* al demandado hubiera venido a alterar el equilibrio entre las partes. En efecto, para el demandante, del *compromissum* derivaba únicamente la *actio ex stipulalatu* para la *poena*, y no una acción para el cumplimiento de la sentencia; en cambio, el demandado absuelto que podía disfrutar alternativamente de la *exceptio pacti* y de la *actio ex stipulatu* habría tenido la posibilidad de elegir entre la *exceptio* y la acción para conseguir la pena. En cualquier caso, y tal como reconoce explícitamente Talamanca esta solución continúa siendo una simple hipótesis y «questo stadio non si può oltrepassare allo stato attuale delle nostre conoscenze».¹²⁶

Es posible, en cualquier caso, hacer referencia a algunos textos de las fuentes que manifiestan, en otros casos, una preocupación evidente por mantener la situación de equilibrio entre las partes, en el caso de un *compromissum* acompañado de estipulaciones recíprocas. Piénsese, por ejemplo, en la decisión de Juliano que declara nula la cláusula de la *mentio heredis* unilateral, diciendo:

Si ab altera duntaxat parte heredis mentio comprehensa fuerit, compromissum solvetur morte cuiusque ex litigatoribus; sicut solveretur altero mortuo, si neutrius heredis persona comprehenderetur.¹²⁷

Por otro lado, se ha pretendido por parte de algunos romanistas¹²⁸ que del hecho de que, en caso de ser violadas las obligaciones que se derivan del compromiso, las partes estén obligadas sólo al pago de la pena y no puedan recurrir a la *exceptio pacti* se deduce que las partes están obligadas solamente al pago de la *poena* y no a cada una de las prestaciones que estaban previstas en el *compromissum*. Para poner de manifiesto las razones por las que no parece exacta y fundada esta consideración, hay que observar, ante todo, que el *compromissum* no constituye una causa típica obligatoria, por lo que la mayor parte de los compromisos de las partes sólo pueden asegurarse mediante la coacción a través de la *stipulatio poenae*. La falta de un medio judicial para hacer valer el interés de la ejecución no excluye que las partes se comprometan a esos efectos, aun cuando tal compromiso no encuentre una sanción jurídica. Pero la crítica que pueda hacerse también a esa opinión es de carácter más general y se refiere también al caso en que los compromisos cuya violación da lugar a la *commissio poenae* pueden estar tutelados directamente por una acción o una excepción.

Piénsese, por ejemplo, en una *stipulatio poenae* como la que presenta Paulo: dos personas constituyeron sociedad para enseñar gramática y para que la ganancia que obtuvieran de esta actividad fuese común para ellos; consignaron en el pacto convenido de la sociedad lo que ellos decidieron que se hiciera, y después estipularon entre sí en los términos siguientes: lo que se ha escrito cúmplase de ese modo y no se haga nada contra ello. Y si de ese modo no se hubiera cumplido páganse veinte mil. Se pregunta ahora lo siguiente: si se hubiese hecho algo en contra, podría ejercitarse la *actio societatis*? Y se responde que si

verdaderamente en el pacto realizado entre ellos respecto a la *societas* hubiesen estipulado de este modo: ¿prometes que así se cumplirá y hará esto?, habrá de suceder que si hubiesen hecho así por causa de novación, no podría ejercitarse la acción sino que consideraría transferido a la estipulación todo el negocio. Pero como no hubiera estipulado de esta manera: ¿Prometes que así cumplirá y hará esto? Sino diciendo: si así no se hiciera, déense diez, no le parecía que en la estipulación se comprendió el negocio sino solamente la pena. Porque el que promete una y otra cosa no se obliga a cumplirla y a hacerla, y en caso de que no la hubiera hecho, a sufrir la pena, y por esto la *actio societatis* puede ser ejercitada (*et ideo societatis iudicio agi posse*). El texto original es:

Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset; de ea re quae voluerunt fieri, in pacto convento societatis proscripserunt; deinde inter se his verbis stipulati sunt: «haec quae supra scripta sunt, ea ita dari, fieri, neque adversus ea fieri; siea ita data, facta non erunt, tunc viginti millia dari»; quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posse? Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societatis facto ita stipulati essent: «haec ita dari, fieri, spondes?», futurum fuisse, ut si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati: «ea ita dari, fieri, spondes», sed «si ita facta non essent, decem dari, non videri sibi, rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam; non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret, faceret, et si non fecisset, poenam sufferret, et ideo societatis iudicio agi posse.¹²⁹

De acuerdo con este texto, los compromisos que derivan de la *conventio* están tutelados por la *actio por socio*, a través de la cual se obtiene el interés en orden al cumplimiento. Si en este caso las partes hubieran establecido que el que no cumpliera podía ser demandado únicamente con la *actio ex stipulatu*, esto no habría excluido que debieran sentirse obligadas a realizar las prestaciones que se derivan del *pactum conventum societatis*. Sólo quedaba excluido que, en caso de incumplimiento de una de las partes, la contraparte podía obtener el interés positivo, con la consecuencia de que la única sanción por el incumplimiento era la *actio* para el pago de la pena, pero ésta funcionaba como sanción por tal incumplimiento y presuponía, por tanto, que alguno de los compromisos asumidos no había sido cumplido. Tal incumplimiento se ha-

bría valorado según las normas propias del contrato de sociedad. En cuanto al *compromissum*, Talamanca subraya que si en este caso los compromisos que se derivan de la *conventio* no son directamente coercibles (sino que sólo lo son parcialmente a través de la *exceptio pacti*), debe tenerse presente que la *stipulatio poenae* funciona aquí también como sanción por el incumplimiento de esos compromisos. Esto significa que se presupone la existencia de una *conventio* válida y que el incumplimiento de una de las obligaciones asumidas por las partes se valora según los criterios propios de esa *conventio*.¹³⁰

2.6. La concesión de la *coërcitio pretoria* en el *compromissum*

Teniendo en cuenta el modo en que las partes han procedido para garantizar el cumplimiento de los acuerdos asumidos con el *compromissum* se plantea lógicamente la cuestión de determinar los límites dentro de los cuales se concedía la *coërcitio pretoria*.

En la *stipulatio al quanti ea res erit*, esa *coërcitio* era admisible. Y para entender las razones de ello, hay que tener presente que esa *stipulatio* es diversa de la *stipulatio poenae*, según se pone de manifiesto, en el siguiente de *Ulpiano*:

At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res erit potest promittere.¹³¹

Esta contraposición se repite nuevamente en otro pasaje del mismo jurista en el que afirma:

Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse: idque fortius dicendum, si quanti ea res sit stipulatio proponatur procuratoris.¹³²

En este mismo sentido se expresa también Neracio en un importante pasaje en el que dice que si el *procurator* estipuló que presentaría únicamente a aquel a quien estipulase, y no estipulara también la *poena*, sino hubiese sido presentado, esa estipulación no tiene ningún valor (*propemodum nullius momenti est*), porque al procurador, en lo que respecta a su propina utilidad, nada le importa que se presente (*nihil interest sisti*). Pero cuando al estipular hubiera tratado de un negocio ajeno, puede defenderse que se ha de atender en este caso no la utilidad

del procurador sino de aquel *cuius negotium gesserit*, de modo que cuanto importó al dueño del pleito que se presentase, otro tanto se daba al procurador por aquella estipulación, no habiéndose presentado el reo. Lo mismo puede decirse, y con más razón, si el procurador hubiera estipulado de la forma siguiente: *quanti ea res erit*, para que interpretemos estas palabras no referidas a la utilidad del mismo, *sed ad domini utilitatem*:

Si procurator ita stipulatus est, ut sistat duntaxat eum, quem stipularetur, non etiam poenam, si status non esset, stipularetur, propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed quum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius, cuius negotium gesserit, utilitatem in ea re spectandam esse; ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset quanti ea res erit: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur.¹³³

Según subraya Talamanca,¹³⁴ este pasaje de Neracio pone de manifiesto no sólo que la antítesis entre *stipulatio poenae* y *stipulatio al quanti ea res erit* era clásica, sino también la razón última por la que ambas estipulaciones diferían. En efecto, existe una analogía de estructura en cuanto a su forma exterior (promesa de una prestación para el caso de que no hubiera existido la realización de otra prestación) y en cuanto a su función (en lo que se refiere a la *coërcitio* en orden a la prestación *in condicione*). Pero difieren, en cambio, en la determinación del interés relativo a la prestación *in condicione*, que es característica de la *stipulatio poenae*, tal como pone de manifiesto, por ejemplo, el pasaje en que Modestino afirma que cuando se pide la *poena ex compromisso*, ha de ser condenado el que incurrió en ella, y no importa que a su adversario le haya interesado o no, *arbitri sententia stari*:

Quum poena ex compromisso petitur, is, qui commisit, damnandus est; nec interest, an adversarii eius interfuit, arbitri sententia stari, nec ne¹³⁵

Hay que tener presente, por otra parte, que Ulpiano entiende el requisito de la *pecunia compromissa* como equivalencia al de la estipulación penal y admite también la *coërcitio* en el caso en que la *res* ha sido prometida *vice poenae* y en que la *stipulatio* funciona al modo en que

lo hace la *stipulatio poenae*.¹³⁶ Talamanca subraya que, al proceder así, la jurisprudencia hace un esfuerzo importante a fin de «extendere il più possibile l'intervento del pretore nei confronti dell'arbitro renitente».¹³⁷

Un ejemplo notable de ello le ofrece Ulpiano cuando dice que a veces el *compromissum* se hará válidamente *nudo pacto*; tal es el caso en que ambos fueron deudores y pactaron que no pida lo que se le debe aquel que no haya obedecido a la sentencia del árbitro:

Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum; utputa si ambo debitores fuerunt, et pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiae arbitri non paruit¹³⁸

En cuanto a la *coërcitio* del pretor, en el caso de la *stipulatio in faciendo*, no parece posible que pudiera darse. Es cierto que en un pasaje del Digesto se lee la siguiente afirmación de Ulpiano:

Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.¹³⁹

Sin embargo, en este texto no se afirma que esa estipulación era idónea para obtener la *coërcitio*, ya que en él se habla únicamente de la *commissio poenae* en un momento en que ya ha dejado de hacer referencia a la *coërcitio*. Por otra parte, hay una serie de circunstancias que ponen de manifiesto que no se cumplen las condiciones exigidas por la jurisprudencia para extender los límites de la intervención del pretor. Tal como resume Talamanca, falta la promesa de una suma de dinero, cierta o incierta, sobre la cual la *coërcitio* se admitía en el caso de la *stipulatio* al *quanti ea res erit*. Además, en la *stipulatio in faciendo* no se da la función de la *stipulatio poenae* que había servido para admitir la *coërcitio* en caso de que el objeto de la *stipulatio* condicional fuera algo distinto de dinero, o en el caso de pactos recíprocos *de non petendo*. Aunque, pues, no pueda establecerse una solución segura, parece coherente con el conjunto de los textos la no extensión de la *coërcitio* a las *stipulationes in faciendo*.¹⁴⁰

Hay que observar, por otra parte, que el pasaje de Ulpiano que suele citarse para poner de manifiesto que existe un caso de *compromissum* capaz de producir la *coërcitio pretoria* fuera de la garantía de las estipulaciones recíprocas, es ciertamente interpolado, como reconocie-

ron ya en su momento el propio La Pira¹⁴¹ y Roussier.¹⁴² El pasaje en cuestión decía:

Quod ait Praetor «pecuniam compromissam», accipere nos debere non si utrimque poena numaria, sed si et alia ares vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit; et ita Pomponius scribit. Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret, qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum, tantundem, et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est, et cogeretur sententiam dicere.¹⁴³

Aunque en este pasaje no es posible basarse para explicar cómo habrían podido los clásicos resolver el problema que se planteaba, a causa de su carácter interpolado, lo que no puede ignorarse es el hecho que en él se apunta de que, aparte de la intervención de la *coërcitio*, el acuerdo entre las partes podía, en un caso de esta naturaleza, desplegar los efectos que era capaz de producir, según las normas aplicables al *negotium* empleado.

Más importancia tiene otro pasaje de Ulpiano que recuerda una doctrina expuesta por Pomponio y según la cual, si el *compromissum* fuera únicamente sobre controversias mías y yo hubiese estipulado la pena, debía establecerse si no había *compromissum*. A esta cuestión responde diciendo que no ve la razón por la que se suscita tal duda. En efecto, si esto ocurre porque el *compromissum* es sólo sobre las controversias de uno, no existe motivo alguno, puesto que es lícito contraer un *compromissum* sobre una sola cosa. Esto supuesto completa su razonamiento diciendo:

si vero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. Quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici, plenum esse compromissum, quia is, qui convenitur, tutus est veluti pacti exceptione; is, qui convenit, si arbitrio non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse non puto; neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.¹⁴⁴

Teniendo en cuenta la interpretación de este pasaje que hacía Rondoni,¹⁴⁵ y que fue admitida por otros romanistas, debe decirse que la razón aducida por él para excluir la *exceptio pacti*, en el caso normal, no encuentra aplicación aquí. En efecto, el demandante no ha prometido *poena*, por lo que no se ve por qué pueda excluirse la *exceptio pacti*

basándose únicamente en que él se habría limitado a prometer sólo la *poena* para el caso de contravención a la sentencia arbitral. Parece mucho más seguro, desde un punto de vista dogmático que, como resume Talamanca, la restricción de la sanción del incumplimiento de acuerdos asumidos por las partes con el *compromissum* al pago de la pena, tiene lugar por una valoración inspirada en el criterio de mantener el equilibrio entre las partes del *negotium*; igualmente, desaparece la razón de la exclusión de la *exceptio pacti* que se funda sobre ese mismo equilibrio y que está también condicionado por la subsistencia de las recíprocas estipulaciones penales.¹⁴⁶

No cabe tampoco apoyarse en este texto de Ulpiano para afirmar que, al ser suficiente para la concesión de la *coërcitio pretoria* la *exceptio* que nacía del *pactum de non petendo*, el jurista no podía motivar aquí la exclusión de la *coërcitio* diciendo simplemente: *neque enim sufficit exceptionem habere*. El propio Rotondi admite que en este caso no se identifica la *exceptio pacti* de *D. 4,8,11,3* con la *exceptio pacti* que nace del conjunto de intereses predispuerto por las partes.¹⁴⁷ Al admitir la *coërcitio* en el caso de un *compromissum* acompañado de dos *pacta de non petendo*, los juristas romanos, como subraya Talamanca, han mantenido la misma estructura que tiene el *compromissum* cuando se acompaña de las estipulaciones penales.¹⁴⁸ Así pues, el *pactum de non petendo* debe tener como objeto otras pretensiones distintas de la que es objeto de *compromissum*, de igual modo que las estipulaciones penales aseguran a las partes una prestación distinta de aquella que éstas tienden a garantizar.

NOTAS :

1. Cf., entre otros, WEIZSÄCKER, *Das röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium Iudicis*, 1879.
2. M. TALAMANCA; *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milán, 1958.
3. G. ROTONDI, *L'exceptio veluti pacti ex compromisso*, Scr. giuridici, 1922, I, pp. 284 ss..

4. J. ROUSSIER, *Du compromis sine poena en droit romain classique*, en R.H.IV,S., 18 1939, 167 ss.
5. G. LA PIRA, *Compromissum et litis contestatio formulare*, en *St. Riccobono*, 1936, II, pp. 189 ss.
6. *IB.*, p. 189; como consecuencia de esta naturaleza de *pactum*, el *compromissum* habría permitido a las partes plantear libremente la controversia, sin recurrir a las formalidades orales y escritas que eran esenciales en el *ordo iudiciorum privatorum*.
7. *IB.*, p. 190.
8. *IB.*, *ib.*; en efecto, la característica principal del proceso ordinario consistía en el planteamiento de la controversia según ciertos esquemas predeterminados hecha por las partes. Si tal planteamiento faltaba en el *compromissum*, no podía hablarse de un paralelismo del mismo con el proceso.
9. F. BONIFACIO, art. «Compromesso», *Novss.D.III*, p. 784.
10. *IB.*, 784; el autor añade que, al menos en el Derecho clásico, ninguna otra *actio* que no sea la de *ex stipulatu* nace de la decisión, por lo que no debe atribuirse más que un valor puramente descriptivo a la afirmación de Paulo según la cual *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigetur* (D.4,8, *de rec.*,1), a menos que no se quiera sospechar de la genuinidad, tal como podría seguir la expresión análoga de Justiniano *quod iudicium imitatur* (C.3,1, *de iud.* 14,1 a. 530).
11. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, *ed. cit.*, p. 3.
12. *IB.* 3-4. Talamanca observa que no es suficiente la constatación de que el *compromissum*, como la *formula*, sirve para fijar los límites de la controversia que se confía al *arbitrator*, según afirma La Pira siguiendo a otros autores anteriores, ya que el hecho de que tal determinación debe tener lugar mediante el uso de concepciones *verborum* típicas se resuelve en una petición de principio. Según precisa Talamanca, la única consecuencia que se puede deducir es que pesa sobre las partes un *onus* de claridad cuyo fin único es eliminar controversias y posiciones encontradas. Finalmente, insiste en el hecho de que es infundada también la ulterior especificación de que los *verba solemnia*, que deben emplearse por las partes en las *stipulationes compromissi*, han de identificarse con los esquemas de las *partes formularum*.
13. LA PIRA, *op. cit.*, pp. 215 ss.; el pasaje de Scaevola a que se alude (D. 4,8, 44) es el siguiente: *Inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est et arbitrator electus est, ut arbitratoris eius res termineretur: ipse sententiam dixit praesentibus et terminos posuit: quaesitum est, an, si ex parte Castelliani arbitrator paritum non esset, poena ex compromisso commissa est. Respondi, si arbitrator paritum non esset in eo, quod utroque praesente arbitratoris esset, poenam commissam.*
14. El pasaje completo que cita Talamanca es:
[In controversia quae est inter L. Cominium]
[Primum et [L.] Appuleium Proculum de finibus]
[fundum] Numidiani qui est [L.] Comini Primum et fundum]
[di Stratonianiani (?) qui est L. Appulei Proculi]

[quod]que L. Appuleium Proculum [et L. Co-]
 [miniu]m Primum [d]e ea cont[r]overs[ia in-]
 [vicem sibi (?) de]beri praes[criptum sit (?)]
 [... de]beri pe[---]
 [de ea controversia ita stipulati sunt ita]qu[e]
 [pac]ti: quod Ti. Crass[us] Fijr[us] a[r]bi-
 [ter] ex compromisso inter L. Comini-
 [um] Primum heredemve eius et [L. Appu-]
 [leiu]m Proculum heredemve eius[us]
 [pal]am coram utroque praesenti
 [sen]tentiam prove sententia[rum] dicat
 [dici]ve i)u)beat et[ante] dum ante K.
 [Feb]ruarias primas sente[n]tiam
 [dic]at dicive i)u)beat diemque co[mpro-]
 [mi]ssi proferat proferriv[e] iubeat: si
 [quid ad]versus ea factu[m] erit si[ve] quid
 [ita] factum non erit HS M [p. r. d.)
 [dol]umque malum huic rei ar[biterio-]
 [que] abesse afutur[u]mque [esse] (TH 76)

15. M. TALAMANCA, Ricerche..., p. 9.
16. *IB.*, p. 10. El autor alude también a otros documentos de compromiso que se encuentran en las *Tabulae Hercolanenses* que ponen de manifiesto que existían, en la jurisprudencia cautelar, diversos formularios de compromiso relativos al modo de concretar en las *stipulationes* el conjunto de intereses predispuesto por las partes (TH 82; en este documento la estipulación penal se refiere a una serie de disposiciones en forma de proposiciones penales redactadas en primera persona, presentando la particularidad de ser concebida en forma subjetiva: *stipulatus est L. Venidius Ennychus, sponpondi eadem L. Annius Anicetus*. Según Talamanca, la hipótesis más probable sobre la forma exterior del documento es que las diversas proposiciones penales estaban dirigidas por una proposición introductoria en la que se dejaba constancia de que entre el promitente y el estipulante se había alcanzado un acuerdo sobre un conjunto de intereses que después se especificaban en las diversas cláusulas a través de las proposiciones finales mismas). Otro formulario que se encuentra en las *Tabulae Hercolanenses*, aunque en condiciones pésimas es TH 81 que presenta la singularidad, respecto al citado TH 76, de que establece una conexión entre la *promissio poenae* y el conjunto de intereses que la misma tiende a asegurar. En este sentido, Talamanca opina que es probable que este documento reflejara un tipo ulterior de formulario de compromiso (*IB.* p. 18).
17. D. 4,8.1.
18. CICERÓN, *Pro Q. Roscio com. 11*.
19. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Kilm Graz, 1957, p. 201.
20. M. TALAMANCA, Ricerche..., p. 22; según él, las razones de quienes sostienen la opinión contraria se desvanecen teniendo presente otro pasaje de la misma *oratio* de Cicerón en que se lee:
Quae cum ita sint, quaero abs te quid ita de hac pecunia, de his ipsis HS ccc tuarum tabu-

larum compromissum feceris, arbitrum sumpseris, quantum aequius melius sit dari reprobmittique, sic petieris (Ib. 12).

21. *IB.*, p. 22. Teniendo esto presente, considera exacta la afirmación de Brogini, según el cual el paralelismo establecido por Cicerón no era entre procedimiento ordinario y procedimiento arbitral, sino entre las pretensiones que dan lugar a un *iudicium strictum* (en el cual el *iudex* sólo tiene un poder discrecional limitado) y las que dan lugar a un *arbitrium*, en el cual ese poder discrecional *latissime manat*. La contraposición, pues, se establece entre la naturaleza de las dos pretensiones, tanto si se hacían valer en el procedimiento ordinario o en el arbitral, pero no entre dos *modi agendi* (IB. p. 23).
22. *Ibidem*, p. 23.
23. D. 2, 14, 10, § 1.
24. D. 2, 14, 7, 4.
25. D. 4, 8, 2: «*Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae potitionem*».
26. G. LA PIRA, *op. cit.*, p. 192.
27. D. 4, 8, 13, § 1.
28. D. 4, 8, 11, § 2.
29. G. LA PIRA, *art. cit.*, p. 194.
30. Cfr. por ejemplo, E. BETTI, *Sulla genesi storica del processo formolare, Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, p. 457 y ss.
31. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, *edi. cit.*, p. 39.
32. D. 2, 14, 1, 3.
33. Hay que tener presente los dos tipos de *stipulatio poenae* que existen en Derecho Romano. Una de ellas tiene la forma siguiente: *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes* (en ella se promete la *poena* para el caso en que se verifique la condición); la otra es: *Pamphilum dari spondes? Si non dederis, centum dari spondes?* (esto es, en la *stipulatio* se especifica el conjunto de intereses y se promete el pago de la *poena* en caso de transgresión de los compromisos que se asumen).
34. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 41.
35. Téngase presente, por ejemplo, el pasaje de Paulo que se cita en D. 17, 2, 71, pro.: *Sed tota res in stipulationem translata videretur*; Talamanca observa que es distinto el problema del tratamiento que recibe el conjunto de intereses que han dispuesto previamente las partes en el caso de absorción total en la *stipulatio in dando et in faciendo* (se trata de determinar si las obligaciones de las partes deben ser valoradas siguiendo criterios propios de la *conventio* absorbida en la *stipulatio*, o bien según el tenor de las cláusulas de la *stipulatio*). Aunque no existen fuentes explícitas, el autor piensa que, contrariamente al caso de la *novatio* de una *obligatio bonae fidei* (con la fórmula *quidquid dare facere oportet ex fide bona*), en el caso de absorción inicial los criterios de tratamiento de las obligaciones asumidas por las partes se toman del tenor de cada una de las cláusulas empleadas en la

stipulatio en éstas, no puede, por otra parte, excluirse una referencia a la *fides bona* (Cfr. *Ricerche...*, p. 42, nota 18).

36. *D. 17, 2, 71, pr.*
37. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Nápoles, 1954, p. 64, n. 3.
38. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 44.
39. La duda de que la *stipulatio* pudiera ser interpretada en el sentido opuesto no podía surgir en el caso de la estipulación penal principal, en la cual en modo alguno se podría pensar que el *dare* o el *facere* de la presentación deducida en la condición pudiera ser objeto de la *actio ex stipulatu* (*IB. p. 45*).
40. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Nápoles, 1954, p. 66. Por otra parte, tampoco favorece la hipótesis de Arangio el hecho de que, según consta en las fuentes, en todo caso de estipulación penal añadida, la *actio ex stipulatu* se dirigía exclusivamente a conseguir la pena, siendo significativo, por ejemplo, este pasaje de Paulo: *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum utrum duae stipulationes sint, pura, et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? An vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est* (*D. 44, 7, 44, 6*).
41. El texto de Scaevola (*D. 45,1,122,2*) es el siguiente:
Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te here deque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quiquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, sponondit Claudius. Quaero, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest? Respondit nihil proponi cur non potest. Item quaero, an, si Flavii Hermetis heres a Claudii herede poenam suprascriptam petere voluerit, Claudii heres libertatem Sticho praestare possit, ut poena liberetur. Respondit, pose. Item quaero, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex causa suprascripta nolit agere, an nihilo minus Sticho libertas ex conventionem, quae fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione suprascripta ostenditur, ab herede Claudii praestari debeat. Respondit, debere.
42. HAYMANN, *Freilassungspflicht und Reurecht*, Berlín, 1905, p. 18 ss.
43. Téngase en cuenta que el problema del tratamiento de la *condicio* de la *stipulatio poenae* se centró tradicionalmente en la alternativa del empleo de las normas que disciplinan la *condicio*, o bien sobre la alternativa de las normas relativas al incumplimiento de la obligación principal, en cuanto que la *commissio poenae* dependería del incumplimiento de ésta (Cfr., por ejemplo, DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazioni penali*, *SDHI, 1*, 1935, p. 299 ss.; el autor admite la relevancia de la imputabilidad al deudor para el caso de la *stipulatio poenae* añadida y el régimen de la *condicio* para la *stipulatio poenae* principal).
44. *D. 45,1,115,2.*
45. *D. 17,2,71,pr.*
46. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 58; el autor, teniendo presente la opinión de PEROZZI de que las reglas de la obligación condicional podían sustituirse con las dictadas por

las partes, observa que esto es exacto en el sentido de que éstas pueden configurar libremente la *condicio stipulationis*, pero esto no significa que tal *condicio* no estuviera regulada por las normas relativas a la condición.

47. G. LA PIRA, *Compromissum...*, cit., p. 195. El autor resume su pensamiento afirmando que las estipulaciones *compromissi* son interdependientes y constituyen un negocio único: el *compromissum*, del cual se derivan los efectos propios de este instituto. Así, las partes están obligadas a someterse a la sentencia del árbitro únicamente si han concluido un *compromissum*, es decir, si se han obligado recíprocamente con una *stipulatio*. Por otra parte, el árbitro tiene obligación de pronunciar la sentencia sólo si se trata de un *compromissum* válidamente concluido.
48. D. 8,3, §2; LENEL, Ed. 131.
49. D. 4,8,11,§1.
50. D. 4,8,13,§1; véase también D. 4,8,11,§3 en donde Ulpiano recuerda, citando a Pomponio, que algunas veces el compromiso se hará válidamente *nudo pacto*, por ejemplo, si ambos fueron deudores y pactaron que no pida lo que se le debe aquel que no haya obedecido a la sentencia del árbitro.
51. D. 4,8,32, §3... *compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio (pacto)*.
52. D. 46,4,8,§3. El contexto en que se hace esta afirmación es el siguiente: *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit; neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est*.
53. D. 45,1,1,§5.
54. D. 4,8,21, pr.: *Quid tamen, si de pluribus controversiis sumtus est nihil sibi communibus, et de una sententiam dixit, de aliis nondum; numquid desiit esse arbiter? Videamus igitur, an in prima controversia possit mutare sententiam, de qua iam dixerat. Et multum interest, de omnibus simul ut dicat sententiam, compromissum est, an non; nam si de omnibus, poterit mutare, nondum enim dixit sententiam; quod si ut separatim quasi plura sunt compromissa, et ideo, quantum ad illam controversiam pertinet, arbiter esse desierat*.
55. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 66; ib. 102 ss.
56. El mismo autor observa que la eventual objeción de que los efectos de la *conventio* no sean tomados en consideración como tales, sino sólo en cuanto sirven para delimitar las obligaciones asumidas por las partes mediante la *stipulatio*, se resolvería en un sofisma en cuanto que las partes, con esa *stipulatio* se refieren precisamente, con el fin de delimitar sus compromisos, a la *conventio*; ésta, en lo que concierne a sus efectos no obligatorios, no puede ser absorbida por la forma estipulatoria y mantiene su autonomía, aunque sea tomada en consideración como contenido de la condición de una *stipulatio in faciendo* (*Ib. p. 67, n. 59*).
57. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 67; véase también en este sentido E. BETTI, *Istituzioni*, I, p. 276 n. 4; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, ed. cit., p. 334.
58. Cfr. TH 76 y TH. 82.
59. TH. 76.

60. ARANGIO-RUIZ y PUGLIESE-CARATELLI, *Tabulae Herculenses*, V, en la *Parola del Passato*, 10, 1955, p. 450. Talamanca observa que, como ya habían visto los editores tal reconstrucción encuentra su fundamento en la ausencia de cualquier recuerdo, en ese documento, de las *stipulationes* y de las *sponsiones*, que en cambio se encuentra en todos los demás documentos, incluso en *TH. 81*. Su conclusión es que el carácter de *conventio* que es propio del *compromissum* recibe así una clara confirmación. Por otra parte, aunque la reconstrucción del formulario en *TH 82* puede ser sólo conjetural, no puede desconocerse que la *promissio poenae* se refiere, como presupuesto de la *commissio stipulationis*, a los compromisos que se derivan del conjunto de intereses que se contienen en las cláusulas configuradas como proposiciones finales (Cfr. p. 69, n. 68).
61. C. 2, 55, 1 (a. 213 d. C.).
62. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazioni penali*, *SDHI*, 1, 1935, p. 304.
63. *Ib.* p. 306.
64. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 70.
65. Cfr. WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis*, Tübingen, 1879, p. 54.
66. *D.* 4,8,27,7.
67. CICERÓN, *Ad Quinctum fratrem*, 2,14,4.
68. CICERÓN, *Ad Atticum*, 4,15,7: *Tribunicii candidati iurarunt se arbitrio Catonis petitoros. Apud eum HS quingena deposuerunt, ut qui a Catone damnatus esset id perderet et competitoribus tribueretur.*
69. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 73.
70. *D.* 44,4,,4,3.
71. *D.* 4,8,32,3.
72. G. LA PIRA, *Compromissum...*, *cit.*, p. 194 y 197.
73. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, *cit.*, p. 74, n. 77.
74. Hay que tener presente la dificultad que podría entrañar a este propósito el siguiente pasaje de Ulpiano: *Idem et si spreta eius ad iudicium litigatores ierint, mos ad eundem arbitrum redierint, praetorem non debere eum cogere inter eos disceptare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, ut eum spernerent et ad alium irent (D.4,8,9,5 y 11 pr.)*.
75. La solución del problema estaría, según Talamanca, en la conexión de *iudicio* con *acceptilatione* y *pacto* (*Ricerche...*, p. 76).
76. *D.* 4,8,34,1.
77. *D.* 4,8,30.
78. ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee: l'exceptio veluti pacti ex compromisso*, en «*Scritti giur.*», I, p. 293.

79. A propósito del problema real que se planteaba Paulo en el pasaje citado de D.4,8,34,1, GUARNERI-CITATI piensa que se trataba de un *compromissum* que tenía por objeto varias controversias. El problema que plantea el jurista no es el de la *commisio poenae* respecto a una controversia sino a uno de los diversos compromisos asumidos por las partes con ese *compromissum* (Cfr. *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto tomano*, I, Palermo, 1921, p. 213 ss.). En el mismo sentido, véase también, BESELER, *Romanistische Studien*, ZSS, 46, 1926, p. 92. Lo infundado de esta exposición interpretativa es puesto de manifiesto por Talamanca en *Ricerche...*, p. 78-79. El autor piensa que el problema que Paulo podía plantearse en este pasaje no era sino la aplicación a un caso concreto de un principio enunciado por él mismo y que dice: *Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent* (D. 45,1, 134, 3).
80. D. 45,1,7,34,3.
81. D. 45,1,1.5.
82. M. TALAMANCA; *Ricerche.... op. cit.*, p. 79.
83. D. 46,7,5,2. Teniendo en cuenta el carácter genuino de este pasaje (cfr. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, Labeo, 2, 1956, p. 181 ss.), la aplicación de la regla *stipulatio semel commissa amplius committi non potest*, es relacionada claramente con la circunstancia de que las *plures causae* son sólo *in condicione*, y subsiste *in obligatione* únicamente la obligación de pagar la pena o el *quanti ea res erit*. Esta forma de funcionar la *stipulatio compromissi* adquiere una especial relevancia en relación con el *compromissum de pluribus rebus* al que alude ampliamente Ulpiano diciendo: *Quid tamen si de pluribus controversiis sumptus est nihil sibi communibus et de una sententia dixit, de aliis nondum, numquid desiit esse arbiter? Videanus igitur, an in prima controversia possit mutare sententiam, de qua iam dixerat. Et multum interest, de omnibus simul ut dicat sententiam compromissum est, an non: nam si de omnibus, poterit mutare (nondum enim dixit sententiam): quod et si separatim, quasi plura sunt compromissa, et ideo quantum ad illam controversiam pertinet, arbiter esse desierit* (D.4,8,21 pr.).
84. Cfr. D. 4,8,13 § 3; 4,8,14; 21, § 5.
85. D. 4,8,13, §4.
86. D. 4,8,19, §2.
87. D. 4,8,19, § 2.
88. D. 42,1,55.
89. D. 4,8,42.
90. D. 4,8,19,1 § 2; 4,8,32, §16.
91. D. 4,8,21,1.
92. D. 49,8,1, § 1; cfr. D. 4,8,19, §2.
93. D. 49,8,1, § 1; cfr. D. 4,8,19, §2.

94. D. 4,8,44; cfr. D. 4,8,21, §3.
95. D. 42, 1, 5, § 1.
96. D. 4,8,21, § 3.
97. G. LA PIRA, *Compromissum...*, art. cit., p. 223.
98. D. 4,8,42. Recuérdese que el *arbitrium* de que habla Papiniano llevaba la siguiente cláusula penal: *quanti ea res erit tantam pecuniam fisco Populi Romani dari spondesne?* Según La Pira, la utilidad de la *condemnatio* a que se alude en el texto consiste de la *promissio poenae* por la cual, de forma indirecta, la parte vencedora tenía la posibilidad de actuar contra la otra.
99. D. 4,8,21, § 3.
100. I. 4,18,4.
101. C. 2, 55, 1. A propósito de la sentencia judicial y de su carácter inapelable cfr. D. 4,8,32, § 14.
102. LA PIRA, *Compromissum...*, art. cit., p. 223.
103. D. 4,8,27,2. En otro pasaje se lee también: ... *Arbitrorum enim genera sunt duo: unum eiusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, quum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat (D. 17,2,76).*
104. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, op. cit., p. 29 ss.
105. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 30.
106. D. 4,8,21,4.
107. En efecto, la adjudicación de la *poena* al fisco tiene lugar porque el árbitro había sido autorizado a ello por el *compromissum*. Esto excluye que la multa fiscal estuviera representada por la recíproca *stipulatio poenae* que las partes no habrían concebido si no es en favor del fisco. En efecto, en tal caso, *secundum formam compromissi* al árbitro no tenía ningún poder de pronunciarse sobre la *poena*. La multa fiscal era algo distintivo de la *poena stipulationis* a la que se hace referencia en el último párrafo del texto citado y su irrogación estaba prevista en el conjunto de intereses que la estipulación penal tendía a garantizar entre las partes.
108. Esto no impide recordar lo que se lee en un pasaje de Ulpiano: *Pomponius ait, inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, utputa: «quantum ei debes, redde; divisioni vestrae stari placet; pro ea parte, quam creditoribus tuis solvisti, accipe» (D.4,8,20,§3).*
109. D. 4,8,39, pr. Muchos intérpretes contemporáneos piensan que hay que mantener la opinión defendida por los Glosadores y según la cual al árbitro se le reconoce, en este caso, un verdadero poder de *multam dicere*. En igual sentido se expresan también los Basílicos (7,2,39,1); igualmente autores del siglo XVI, como Baldo, o del siglo XVIII, como Cujas.
110. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 32-33.

111. *D. 4, 8, 19, 2.*
112. *D. 4,8,32,16.* Otro pasaje de Marciano que ayuda a comprender las razones que mueven a atribuir al texto de Javoleno una significación menos decisiva de la que tendría a primera vista, es el siguiente:
Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat; neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest (D. 4,8,51).
113. *D. 4,8,2.*
114. Cfr. TALAMANCA; *Ricerche...*, p. 101-102; F. BONIFACIO, art «*compromesso*», cit., p. 785.
115. *Consultatio, 9, 17.*
116. G. ROTONDI, *L'exceptio veluti pacti...*, op. cit., p. 276. En el pasaje de Ulpiano el término *placet* que se emplea indica que los compiladores suprimieron probablemente un tratamiento más amplio, confirmando con autoridad la decisión que juzgaban más oportuna, de acuerdo con los principios bizantinos.
117. J. ROUSSIER, *Du compromis...*, art. cit., p. 170 ss.
118. *D. 4,8,3, pr.*
119. *D. 4,8,37.*
120. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, op. cit., p. 103.
121. *D. 4,8,27,7.*
122. ROUSSIER, *Du compromis...*, op. cit., p. 179 ss.
123. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, París, 1952, p. 128 ss. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 121 ss.
124. ROTONDI, *L'exceptio veluti pacti...*, op. cit., p. 289 ss.
125. DECLAREUIL, *Du compromis en droit romain et en droit français*, París, 1887, p. 49 ss.
126. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, op. cit., p. 113.
127. *D. 4,8,49,2.* Por otra parte, y como ya se observó anteriormente, es indudable la perplejidad de los juristas a causa del concurso entre la *actio ex stipulatu* para la pena y la *exceptio pacti*. Igualmente, debe tenerse presente lo que se dijo anteriormente a propósito de la fórmula *placet*, con la cual Ulpiano pretendía recoger la opinión dominante en la jurisprudencia imperial.
128. Cfr., por ejemplo, F. SCHULZ, *Einführung in das Studium...*, op. cit., p. 121 y ss.
129. *D. 17,2,71, pr.*
130. M. TALAMANCA, *Ricerche.... op. cit.*, p. 116.
131. *D. 45,1,38,2.*

132. D. 45,1,81,1.
133. D. 2, 11, 14.
134. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 119.
135. D. 4,8,38.
136. D. 4,8,11,2.
137. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, p. 122; esta extensión se pone de manifiesto, sobre todo, en el caso a que se refiere Ulpiano diciendo: *Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum; utputa si ambo debitores fuerunt, et pacti sint, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiae arbitri non paruit* (D. 4,8,11,3).
Es importante observar que Ulpiano no quiere referirse con la expresión *nudo pacto fiet compromissum* a la *conventio compromissi*, sino al modo en que las partes asumen las garantías de los acuerdos contenidos en el *compromissum*. Como subraya Rotondi los *nuda pacta* sustituyen, en la economía del negocio constituido por la *conventio* y las estipulaciones, a éstas últimas (*L'exceptio veluti pacti...*, *op. cit.*, p. 289 ss.). En suma, en este caso el requisito de la *pecunia compromissa* se ha entendido en un sentido muy lato admitiendo la *coërcitio* incluso en el caso en que, con otro negocio, se produzca un efecto análogo al que es propio de la *stipulatio poenae*.
138. D. 4,8,11,3.
139. D. 4,8,27,7.
140. TALAMANCA, *Ricerche...*, *op. cit.*, p. 124.
141. G. LA PIRA, *Compromissum et litis contestatio formulare*, *art. cit.*, p. 193 ss.
142. J. ROUSSIER, *Du compromis sine poena*, *art. cit.*, p. 181.
143. D. 4,8,11,2.
144. D. 4,8,13,1.
145. G. ROTONDI, *L'exceptio veluti pacti ex compromisso*, *art. cit.*, p. 285 ss.
146. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, *op. cit.*, p. 126 y 127.
147. G. ROTONDI, *L'exceptio...*, *art. cit.*, p. 287.
148. M. TALAMANCA, *Ricerche...*, *op. cit.*, p. 127-128; prolongando esta reflexión el autor considera que debe rechazarse también la opinión de MATTHIAS según la cual el *pactum de non petendo* podía tener también como objeto la pretensión litigiosa. Tampoco considera fundada la opinión de este autor según la cual ambas partes debían asumir la garantía de los propios compromisos con el mismo medio jurídico (por ejemplo, *stipulatio* o *pactum de non petendo*), apoyándose en el principio del equilibrio de las partes. En efecto, este planteamiento no se deduce de *D.4.8.11,3*, en el cual se subraya que ambas partes recurrieron al *pactum de non petendo* únicamente para ofrecer un ejemplo de un caso en que el *compromissum* se hizo totalmente al margen del recurso a la *stipulatio*.

La conclusión última es, pues, que en el caso en que no tuviera lugar un *pactum de non petendo*, sino simplemente la *exceptio* que nacía de la configuración particular del *negotium* en el caso concreto, la *coërcitio* era negada. No tiene razón Rotondi, por tanto, cuando alude al origen oriental de la innovación que pretende descubrir en este pasaje. Talamanca cree que la motivación de Ulpiano no es infundada, pero necesita de una ulterior especificación que, probablemente se perdió a causa de los retoques de que fue objeto este pasaje por parte de los compiladores.

Tres momentos iniciales en la vida política de Manuel Azaña

JOSÉ GILABERT ORTEGA

I. INTRODUCCIÓN

Ambición, castigo, verdad, desconocido, inteligencia, soledad, tragedia, vocación, imposible. Rara es la obra que se haya escrito en torno a Manuel Azaña Díaz que no vaya acompañado de un título o subtítulo, que como los calificativos anteriores, nos indiquen ya de antemano alguno de los rasgos que marcan su trayectoria vital.

Al cumplirse cincuenta años de la muerte de Manuel Azaña, al igual que sucedió en 1980 con ocasión de su centenario, no han faltado trabajos escritos o documentales televisivos que den a conocer diversos aspectos de la vida y obra del que fuera último presidente de la II República española.

El presente artículo tiene por objeto indagar sobre lo que hemos dado en llamar «Tres momentos iniciales en la vida política de Manuel Azaña». Momentos, que como a continuación veremos, tendrán como «telón de fondo» su actitud ante el Estado y los problemas derivados de la Constitución de 1876 y la republicana de 1931.

El año 1911 será el primero de estos momentos. Azaña pronunciará en la Casa del Pueblo de su villa natal una conferencia que bajo el título «El problema español» marcará, en opinión de Juan Marichal, «el comienzo público de una trayectoria ideológica, que no empezó con la guerra ni siquiera con la proclamación de la República».¹ La cuestión principal de la conferencia de 1911, como veremos, es la intangibilidad entre la democracia y la cultura. La influencia de Unamuno, Ortega y

Costa, transpirará por todo el contenido de esta obra de juventud. Queda muy poco tiempo para que Azaña viaje a Francia, participe en la fundación de la Liga de Educación Política, e ingrese en el Partido Reformista de Melquiades Álvarez.

El segundo período inicial, tiene lugar con la instauración de la dictadura de Primo de Rivera. Azaña, desengañado del reformismo, iniciará un nuevo derrotero político. En 1924 saldrá a la luz su manifiesto «Apelación a la República», en el cual trata de indicar la necesidad de la institución parlamentaria como garantía de la libertad. En 1925 fundará, con José Giral, el partido Acción Republicana, que jugará un importantísimo papel en los primeros años de la II República. Pero a pesar de este importante paso, los años de dictadura serán para Azaña un tiempo más para la reflexión intelectual y la composición literaria que para la acción netamente política.

El último de estos momentos, coincidirá con la proclamación de la II República. Azaña, miembro del Comité Revolucionario, formará parte como Ministro de la Guerra en el Gobierno Provisional del nuevo régimen, se mantendrá en ese puesto tras las primeras elecciones a Cortes, hasta alcanzar la presidencia del Gobierno en octubre de 1931 dada la dimisión de Alcalá Zamora. Su actitud, a través de sus diarios, ante la nueva Constitución que ha de dar cobertura jurídica al nuevo Estado nacido el 14 de abril, será el objeto principal de nuestra atención.

II. 1911. EL PROBLEMA ESPAÑOL

La obra que ahora comentamos es el primer texto de Manuel Azaña, fuera de su producción periodística anterior y de sus obras jurídicas de juventud,² donde el autor exponga sus opiniones y el esbozo de un programa político para el futuro. Tomará para tal menester el modelo político británico, al igual que Cánovas curiosamente, si bien es cierto que lo escribirá poco antes de marchar a Francia donde sus instituciones políticas habrán de ejercer en él una extraordinaria influencia.³

Invitado por los socialistas de Alcalá de Henares para pronunciar una conferencia que formara parte del conjunto de actos culturales que siguieron a la inauguración de la Casa del Pueblo en la mencionada ciudad madrileña, Azaña elegirá, igual que Macías Picavea había hecho en 1891 para una de sus más famosas obras, el título de «El problema español». Leída el 4 de febrero de 1911, cuatro días después tendrá lugar el fallecimiento de Joaquín Costa. Con este trabajo le tributa un buen homenaje.

La influencia de Costa puede apreciarse sensiblemente en esta obra. Por un lado se aborda la cuestión, muy en boga entonces, en torno a la «europerización de España», en este sentido Azaña escribe:

«El problema español, ¿podrá España incorporarse a la corriente general de la civilización europea? la especialidad consiste en que ningún otro pueblo se ha hecho pregunta semejante.»⁴

Por otro lado la importancia dada por Azaña a la cuestión educativa, al considerarla como motor fundamental de cambio y reforma. Habrán de pasar algunos años, entre 1921 a 1923, para que Azaña formule su crítica a Costa, sin perder por ello su aprecio por la figura de Graus. Azaña, dice Raúl Morodo, «intuye el carácter tradicionalista del costismo: soluciones arbitristas, y en el fondo, conservadoras, reformar el establishmet, pero, en definitiva, no cambiarlo».⁵

Pero, volvamos a 1911. En «El problema español» Azaña nos ofrece todo un conjunto de ideas para la transformación de España en un

avanzado Estado moderno, un Estado moderno que sorprendentemente «es tan absoluto y absorbente como el antiguo Estado de las monarquías puras». ⁶ Sin entrar a valorar los peligros del poder omnimodo de ese Estado, ni siquiera la forma que el mismo debe adoptar, Azaña creará que:

«Pese a todos sus defectos de organización, con su ceguera y su parsimonia, es del único Dios de quien podemos esperar que ese milagro (la justicia) se verifique. ¿De quién si no, vamos a recibir la justicia.» ⁷

En el Estado están sus esperanzas, en la sociedad sus recelos. Apenas comenzado su discurso proclamará:

«Es preciso reconstruir la conciencia nacional para que el solar patrio deje de ser un campo de desolación... Si la vida española carece de una orientación colectiva, ¿cómo podrá funcionar el mecanismo político construido para servirla.» ⁸

Esta «orientación colectiva», creemos, que en Azaña se expresa en la búsqueda de soluciones democráticas y en la confianza en la democracia:

«Entiendo que la democracia (al igual que Azcárate) no es una clase que haya de sobreponerse a las demás, ni un procedimiento más o menos violento de llevar estas o las otras ideas y sí esta fuerza nueva, este nuevo principio, este nuevo sentido del Derecho y de la vida política, más amplio, más universal, más humano, que han encarnado en la vida de los pueblos después de haber ido madurando en la esfera del pensamiento y que está hoy inspirando a las sociedades modernas.» ⁹

El régimen de la Restauración, sobre el cual escribe Azaña, se había basado en los principios típicos del liberalismo político, y precisamente son estos los primeros en «traicionarse» a través del continuo fraude electoral, con lo que se desnaturaliza la construcción de la democracia en España. A raíz de esto Azaña dirá:

«Cuando no hemos conocido todavía el mecanismo de una democracia abominamos de ella... y sobre ella echamos la culpa de nuestro malestar y poca ventura.» ¹⁰

Para Azaña la democracia es una ficción en España, porque ésta para su plasmación en la vida pública necesita de un cuerpo de electo-

res que sea expresión fiel de la voluntad popular. En España ese cuerpo electoral, que tenga unos intereses y los proteja, es prácticamente inexistente. A propósito de esta situación, Azaña, nos revela su visión:

«No tenemos pueblo organizado; y en esta palabra entramos todos, chicos y grandes, pobres y ricos. Como no hay ideal nacional, vivimos en castas: unas odian, otras temen; unas devoran su furia, otras explotan a los furiosos, y así estamos, arma al brazo, esperando la hora de destrozarnos.»¹¹

Su descripción de las instituciones, que sólo conforman una «aparente» democracia, no puede ser más sombría. La institución democrática por excelencia, el Parlamento, nos es así descrito:

«Un escenario de la vanidad y de la nulidad, de la impotencia y de la moji-ganga; una costra que encubre una llaga, un lugar donde se dicen frases pomposas, que nadie cree, donde se ejercita la función soberana de disponer de bienes y haciendas, a espaldas de un pueblo ausente y olvidadizo, donde la tarea de aplicar los recursos extraídos del trabajo colectivo se convierten en una francachela, en un desatamiento de todas las codicias, donde el sudor nacional sirve para sostener los vicios y las lujosas vanidades de unos pocos privilegiados.»¹²

Los partidos turnantes son objeto de una especial crítica por parte de Azaña:

«Nuestros partidos de gobierno no son más que una cuantas familias que viven acampadas sobre el país, presidiendo esta orgía, transmitiéndose de generación en generación, de nulidad en nulidad, los grandes puestos, con una impudicia execrable, que toman en boca los nombres de patria, justicia, y libertad para sostener la mentira sin que se quemen sus labios y que incurran a sabiendas en la más tremenda responsabilidad, porque ellos harán justas, y naturales y necesarias las más violentas revanchas que el pueblo cuando despierte puede tomar... Y esto ha sido posible y se mantiene, porque esas clases llamadas directoras no se contentan con su actual usurpación, sino que han tratado siempre de conservarla para mañana y han matado todo impulso generoso sembrando el escepticismo y la desconfianza en el corazón del pueblo.»¹³

Ante todo este panorama que Azaña nos ha descrito, su posición para resolver «El problema español» es clara: la participación política. Los hombres de la generación de 1914 apostaron por ella frente al «absentismo» del noventa y ocho; Azaña no será una excepción:

«¿Democracia hemos dicho? Pues democracia. No caeremos, en la ridícula aprensión de tenerla miedo, restaurémosla, o mejor, implantémosla, arrancándola de sus esenciales formas todas las escrecencias que la desfiguraron. No odiéis ni os apartéis de la política, porque sin ella no nos salvaremos. Si la política es el arte de gobernar un pueblo, hagamos todos política y cuanta más mejor, porque sólo así podremos gobernar a nosotros mismos e impedir que nos des gobiernen otros.»¹⁴

III. AZAÑA Y LA DICTADURA

El golpe de Estado del General Primo de Rivera de 1923 supuso el principio del fin de una monarquía y de un régimen que había empezado desde hacía ya varios años atrás, con la disolución de los partidos dinásticos que la habían sustentado, a presentar graves síntomas de descomposición.

Con el advenimiento de la dictadura, será cuando las ideas republicanas vuelvan a cobrar un valor que había caído en franca decadencia tras la amarga experiencia de la I República. Es decir, la República será considerada un modelo de «Estado alternativo» al monárquico de la Restauración, pues aquella ya no tiene sentido tal como la expresaba Melquiades Álvarez:

«Una fuerza más para obligar a la monarquía a seguir las sendas de la democracia y de la modernidad que una meta en sí misma. Y si el rey reconocía ser «el esclavo de la opinión» si reinaba mediante el parlamento elegido sinceramente, no había por qué oponérsele.»¹⁵

Azaña ante la nueva situación, abandonará definitivamente cualquier posibilidad de progresar «desde dentro», hacia una verdadera democracia. Su abandono del Partido Reformista, en el que venía militando desde varios años atrás, es inmediato. Pocos días después de tener lugar el golpe, en carta dirigida a Melquiades Álvarez, Azaña se daba de baja en el partido, había comenzado así su viraje hacia la República.

La crítica a Melquiades Álvarez por su posición ante la dictadura la mantendrá Azaña durante varios años. A la altura de septiembre de 1931, Azaña escribe en su diario:

«La sesión de las Cortes ha tenido el interés de dejarnos oír a Melquiades Álvarez. Está viejo, y se le ha rajado la voz de tenor; pero conserva muchas facultades. Su discurso ha sido malo. De un moderantismo sin fundamento, con una de cal y tres de arena; lleno de lugares comunes y de expresiones muy manidas, agotadas por él mismo. Sobre todo aparece aumentada su falta de gusto, que siempre fue grande. Y su falta de autoridad, comprometida y perdida en los años de la dictadura, por su ambigua posición. Cuando yo le es-

cribí, el 17 de septiembre de 1923, invitándole a reunir al Partido Reformista, para adoptar sin reservas la política republicana, y no me hizo caso, Melquiades se jugó y perdió su porvenir. Si entonces hubiera hecho lo que era un clarísimo deber e hicimos otros muchos, Melquiades habría sido el hombre de la República, en vez de serlo Alcalá Zamora. Verdad es que probablemente lo hubiera hecho peor que don Niceto. Hoy está solo don Melquiades.»¹⁶

Más adelante, Azaña vuelve a incidir en la crítica, ahora lo hará de una manera mucho más personalizada:

«Al parecer, Melquiades Álvarez no disimula el enojo que le ha producido mi subida al poder. Melquiades me tuvo diez años en su partido (1913-1923) y no supo hacer de mí ni un concejal.»¹⁷

Su decisión, como hemos dicho será rápida y drástica. Sin embargo continuará a la cabeza de la revista España, la que fundara Ortega en 1915, pero no por mucho tiempo pues en marzo de 1924 esta publicación dejará de salir a la calle. Casi un año después, hacia 1925, Azaña escribe:

«Yo estaba entonces muy desanimado y en desacuerdo con casi todo el mundo, porque casi todo el mundo acataba la dictadura de Primo de Rivera o la encontraba muy buena, sin exceptuar a los escritores y redactores de “El Sol”.»¹⁸

A pesar de esta adversidad, Azaña seguirá escribiendo para la revista francesa Europe y para la argentina Nosotros. Su último trabajo para España lleva por título «Nuevos partidos, libertades viejas». En él podemos leer:

«La libertad es la condición de la ciudadanía; si la libertad se restringe los hombres de más encandilado civismo podrán ser celosos administradores de un patrimonio, diligentes padres de familia, santos, artistas, lo que quieran; pero no ciudadanos... La libertad ha naufragado en casi toda Europa; comprobemos el suceso, dándole su verdadero nombre, pero a nadie se le hará creer que es libre no siéndolo. Se suspende la ley, que es garantía; no el derecho. Las libertades públicas no son privilegios, ni gracias otorgadas; tienen una base indestructible: el hecho de la conciencia humana... Que los partidos administradores del régimen han muerto, a la vista está. No es menester echarles mucha tierra encima ni alancearlos después de morir. Ya pasaron. Y no es que sus hombres hayan perdido una autoridad dudosa o se haya desvanecido su prestigio; es que los supuestos donde se fundaba su existencia, de los

que era probanza escrita la Constitución, han resultado falsos. Quedan en pie, con sus principios intactos, el socialismo y el republicanismo. La cuestión de la forma de gobierno volverá a plantearse con el vigor que corresponde a la imposibilidad de todo reformismo.»¹⁹

La idea de la libertad, entumecida por los rigores de la dictadura, es constante en esta etapa de la vida de Manuel Azaña. En 1925 escribe en su ensayo «Democracia y Parlamento»:

«El liberalismo reclama para existir la democracia. Son el alma y el cuerpo en que asiste. Democracia quiere decir que los hombres libres defienden, ejercen, garantizan por sí mismo su propia libertad. Y si no lo hacen, no son libres aunque sean liberales.»²⁰

Después de decir estas palabras, Azaña llama la atención en torno a los peligros que acechan a la libertad, o mejor dicho al parlamentarismo como mecanismo político para expresar la libertad. Desde la reacción o desde la modernidad se puede atentar contra la fórmula parlamentaria:

«Que los enemigos de la libertad no vengan a mortificarnos el tímpano con declamaciones antiparlamentarias. Los ataques, más recios cada vez, que estos años se dirigen al Parlamento son de dos órdenes: doctrinal y práctico. Unos atacan al Parlamento porque son enemigos de la libertad, precisamente por lo que el Parlamento tiene de eficaz, de representativo y eficaz. Estos son los de siempre, los secuaces de la reacción absolutista, en todas sus formas, bajo todas sus máscaras... Pero otros, con pretensiones de hombres modernos y a título de modernidad, sin que dejen de llamarse liberales, acumulan sobre el Parlamento los más violentos cargos, mirando sólo a su ineficacia. Contra su omnímodo poder legislativo, aducen su incompetencia técnica; contra los gobiernos salidos de las mayorías, aducen las transacciones de bajo vuelo, las intrigas y las rivalidades personales que se agitan en los choques de los partidos; pensando que el Gobierno ha de ser ante todo celeridad, decisión y tino, demuestran que el Parlamento es dilatorio, irresoluto, ciego... “La cuestión es siempre la misma: querer la libertad o no quererla”.»²¹

Creemos que es Manuel Aragón quien mejor define la evolución política de estos años en Manuel Azaña:

«Para Azaña, el problema quedaba planteado de este modo: si la monarquía se había transformado en autoritarismo y dictadura, la libertad y la democracia sólo podían ser posibles en la república... Este esquema tan radical,

históricamente cierto, por lo demás, de 1931 a 1939, era, por ello mismo, revelador de nuestro subdesarrollo político, de nuestra escasa modernidad. La monarquía y la república, en la España de los años treinta, seguían siendo lo que ya habían dejado de ser en Europa desde el siglo pasado: formas de Estado; sin haberse convertido aún en lo que eran en los países civilizados: meras formas de Gobierno.»²²

VI. LA REPÚBLICA DE ABRIL

Las elecciones municipales de abril de 1931, convocadas por el Gobierno Aznar, pusieron fin a la monarquía de Alfonso XIII y conllevaron a la proclamación de la II República española. Azaña entrará a formar parte, como Ministro de la Guerra, en el Gobierno Provisional del nuevo régimen. Por desgracia, sus Memorias Políticas no recogen los primeros meses de su actuación ministerial, pues comienzan a ser escritas el 2 de julio de 1931.

Sin embargo, sí que podemos conocer su actitud ante los debates parlamentarios surgidos como consecuencia de la elaboración de la nueva Constitución republicana. Una Constitución obra de una Cortes constituyentes elegidas el 28 de junio de 1931 y que en opinión de Carlos María Rama:

«Nunca en la historia de España —si se exceptúan las Cortes de Cádiz de 1812— se ha elegido una asamblea representativa con tanto entusiasmo y poniendo tantas esperanzas en su obra legislativa.»²³

Considerada la elaboración de la Constitución como la obra fundamental de las Cortes de 1931-1933, veamos a continuación las etapas que atravesó para su aprobación y las opiniones de Azaña en cada una de ellas.

En primer lugar el Gobierno Provisional encargó un proyecto, o mejor dicho, un anteproyecto de Constitución a una comisión de juristas de la que formaban parte entre otros, Ossorio y Gallardo, y Adolfo Posada, la cual presentó el 6 de julio de 1931 un texto que constaba de 104 artículos.

Azaña, anotará en su diario con fecha 7 de julio de 1931:

«Acordamos no entrar a fondo en la discusión del anteproyecto de Constitución, puesto que no podemos presentar, dada la hechura del gobierno, un texto que aceptamos todos. Irá a la Comisión de las Cortes, con todos los votos particulares que han formulado en la junta redactora.»²⁴

Los avatares políticos de la época hicieron que este anteproyecto decayese en su tramitación parlamentaria. Ante esta situación la Comisión Constitucional de las Cortes, integrada por catorce diputados y presididas por el socialista Luis Jiménez de Asúa, será la encargada de preparar un proyecto de Constitución. En tan sólo 20 días se elaboró un texto que constaba de 121 artículos, y que se daría a conocer el 27 de agosto de 1931. Poco antes de esta fecha, Azaña anotará:

«Hemos llamado (el Gobierno) a Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión de Constitución para acelerar la redacción del dictamen. Asúa dice que no tiene medios de imponer a la Comisión un criterio ni un método de trabajo más expeditivo... Cree que en doce o catorce días podrá estar hecho el proyecto. Convenimos que si para el lunes no está terminado, comenzará el martes, la discusión del título primero. Prieto es partidario de que se suspendan las sesiones una semana, hasta que la Comisión termine su trabajo, para impedir que las Cortes se entreguen a debates estériles o perjudiciales. Se hablará con Besteiro para que explore la opinión de los grupos.»²⁵

Poco tardará en hacerse presente entre los miembros del Gobierno y de las Cortes las discrepancias por el proyecto presentado. Azaña trae, en esta ocasión, opiniones ajenas en torno al texto. El Ministro de la Guerra guardará su «primer silencio» frente a esta polémica:

«Maura opina que el Presidente (Alcalá-Zamora) está disgustado por el proyecto de Constitución, que estima disparatado, lo mismo en lo que es poderes del presidente, forma de elección, etc., que en la parte religiosa. Y este es el origen de la dimisión. **PREVÉ LA GUERRA CIVIL POR LA CUESTIÓN RELIGIOSA** —el subrayado es nuestro—, y quiere apartarse, para ser una reserva de paz. Esto es opinión de Maura.

Dicen algunos ministros que es preciso tranquilizar al Presidente ofreciéndole que estaremos a su lado para corregir los desmanes del proyecto de Constitución.

Más tarde, en el banco azul, Fernando (De los Ríos) me dice que ha hablado con el Presidente y que está «muy entregado». No me preocupa la cuestión.»²⁶

Los comienzos del debate constitucional no parece que suscitaran en demasía el interés de Azaña. Dos días antes del inicio de la discusión del proyecto presentado a las Cortes, la opinión que reina en su partido, Acción Republicana, es del todo confusa y dispar.²⁷ El día 27 de agosto, fecha de la presentación del proyecto, Azaña guardará su «segundo silencio»:

«Ha comenzado el debate de la Constitución. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión, ha hecho su discurso bastante bien, pero pedantísimo, y, en suma, superficial. ¡Qué tono, qué postura, qué modo de triplicar las erres! Mi correligionario Sánchez Albornoz ha hablado por fin en nombre del grupo de Acción Republicana. Ha gustado a los pocos diputados, que quedaban en el salón. Discreto, algo premioso, golpes de erudición histórica, castellanismo, etcétera. Nada que disuene ni nos comprometa. Ha citado seis veces lo menos a Ortega, que le oía con atención. Le han aplaudido. Menos mal.»²⁸

La fase final del «íter» constituyente tiene lugar con la aprobación por las Cortes de un texto, que ahora cuenta con 125 artículos, el 9 de diciembre de 1931. Azaña, investido Presidente del Consejo desde octubre de ese mismo año, guardará su «tercer silencio»:

«Por la tarde se ha votado la Constitución... Esperaban quizá un discurso mío, y algunos diputados me lo han dicho después. Pero yo no he encontrado el momento oportuno, y, después de hablar Besteiro, ya no era correcto. Lo prefiero así, porque con la vida que me han dado estos días, no he tenido ni cinco minutos para pensar algo que decir, y seguramente habría estado mal; tan cansado estoy.»²⁹

Es claro pues, que a Azaña los debates constitucionales le interesaron poco, y mucho menos desde que accedió a la Presidencia del Gobierno. No le faltó razón a Alcalá-Zamora cuando escribe:

«Hubo durante aquel debate dos contrapuestas actitudes de los dos jefes de gobierno. Hasta el 13 de octubre yo no me aparté un día ni casi una hora del problema, que seguí paso a paso; desde el siguiente día 14 Azaña no volvió a ocuparse de la Constitución, entregándola al azaroso capricho de las Cortes sin guía ni consejo. Era evidente, sin embargo, que tal inhibición, sin precedentes en el mundo, conduciría a gravísimos peligros y deficiencias, cuyo estrago se ha mostrado terrible.»³⁰

Pero pese a estas «inhibiciones», Azaña se alzaría con la primacía de la oratoria parlamentaria en aquellas Cortes, pronunciando discursos que han pasado a la historia de nuestros anales políticos. Su actitud fue siempre la misma: «decir las cosas tales como son y afrontar con nuestra responsabilidad inmediata y personal nuestras propias afirmaciones».³¹ Quizás ahí radicó su equivocación.

NOTAS :

1. Marichal, Juan. *La Vocación de Manuel Azaña*. Alianza Editorial. Madrid, 1982. Pág. 53.
2. Nos referimos a los artículos publicados en las revistas *Gente Vieja* y *La Avispa*. También a su tesis doctoral «La Responsabilidad de la Multitudes», y a su discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación pronunciada bajo el título de «La Libertad de Asociación».
3. Sobre la influencia de Francia en el pensamiento de Azaña, véase: *La Inteligencia Republicana. Manuel Azaña 1897-1930*. Biblioteca Nueva. Madrid, 1988. Págs. 35 y ss. Autor: José M.^a Marco.
4. *El Problema Español*. Recogida en la obra Azaña. Edición a cargo de Vicente Serrano Alberto y José M.^a Luciano. Edascal. Madrid, 1980. Pág. 40.
5. Morodo Leoncio, Raúl. *Tierno Galván y otros precursores políticos*. Ediciones «El País». Madrid, 1987. Pág. 40.
6. *El Problema Español*. Obra citada anteriormente. Pág. 33.
7. *Ibid.* Pags. 32 y 33.
8. *Ibid.* Pág. 3.
9. *Ibid.* Págs. 4 y 5.
10. *Ibid.* Pág. 10.
11. *Ibid.* Pág. 23.
12. *Ibid.* Pág. 23.
13. *Ibid.* Pág. 24.
14. *Ibid.* Pág. 28.
15. Cit. por Raymond Car. *España 1808-1939*. Ariel. Barcelona. Ariel, 1978. Pág. 563.
16. Azaña, Manuel. *Memorias Políticas y de Guerra. Afrodisio Aguado*. Madrid, 1976. Pág. 232. Vol. I.
17. *Ibid.* Pág. 337.
18. Cit. en Juan Marichal, *La Vocación de...* Pág. 129.
19. Azaña, Manuel. *Antología*. 1. Ensayos. Alianza Editorial. Madrid, 1982. Págs. 40 y 42.
20. *Ibid.* Pág. 32.
21. *Ibid.* Pág. 33 y ss.
22. Cit. en Azaña (ver nota 4). Pág. 230.

23. Rama, Carlos M. *La Crisis Española del siglo XX. Fondo de Cultura Económica*. Madrid, 1976. Pág. 109.
24. Azaña, Manuel. *Memorias...* Pág. 37.
25. *Ibid.* Pág. 154.
26. *Ibid.* Págs. 173 y 174.
27. Véase a este respecto Eduardo Espín. *Azaña en el poder. El partido de Acción Republicana*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1980. Pág. 73 y ss.
28. Azaña, Manuel. *Memorias...* Pág. 202.
29. *Ibid.* Pág. 552.
30. Alacalá-Zamora, Niceto. *Memorias*. Planeta. Barcelona, 1977. pág. 180.
31. Marichal, Juan. *La Vocación de...* Pág. 176.

Receptum arbitrii

CÁNDIDA GUTIÉRREZ

En el estudio del *Receptum arbitrii*, instituto romano cuya finalidad consistía en hacer posible la solución de desavenencias o litigios existentes entre dos o más personas mediante el recurso a un *arbiter*, esto es, sin tener que someterse a las exigencias que imponía la vía judicial, se ha pretendido poner de manifiesto, en principio, el significado y alcance que tuvieron determinados factores extrajurídicos.

Por ello el método interdisciplinar constituía una exigencia que venía impuesta por la lógica interna misma de la institución, como forma concreta adecuada para ampliar y profundizar las líneas esenciales de la investigación. Evidentemente, y supuesta la naturaleza misma de este trabajo de investigación, exige el mantenerse siempre fiel a los criterios básicos en que se inspira el método histórico-crítico, tanto para comprender la evolución de este instituto como para valorar y resaltar el alcance real que tuvieron las alteraciones que presentan los textos en las fuentes.

En primer lugar se analizan las diferentes acepciones que el término *recipere* tiene en las fuentes literarias y jurídicas, con el fin de entender más profundamente el sentido que adquirió posteriormente este término al ser asumido por el Pretor en su Edicto, sancionando jurídicamente la aceptación explícita de responsabilidad por parte de determinados profesionales, como eran el *nauta*, *caupo*, *stabularius*, y *argentarius*, y en especial por lo que se refiere al instituto que aquí se trata, la responsabilidad aceptada voluntariamente por el *arbiter ex compromisso*.

Después de comprobar que eran muchos los significados de *receptum* y de *recipere* en la literatura latina y que van desde una dimensión

puramente material, como sería la adquisición de la posesión de una cosa o la recuperación de algo, hasta otros de contenido abstracto en los que adquiere el sentido de «aceptación estricta de una obligación». Esta última es precisamente la que se desprende del Edicto del Pretor, cuando alude a la responsabilidad asumida de forma explícita por quienes así lo han querido. De forma particular hemos subrayado en el estudio el hecho de que la palabra *recipere* fue utilizada por los juristas en numerosos textos con el sentido de «exigencia de responsabilidad». En otras palabras, en Roma, quienes venían dispuesto a asumir voluntariamente una responsabilidad, lo manifiestan utilizando el verbo *recipere*.

A continuación, y centrándonos en el estudio de los *Recepta* en el Edicto del Pretor se pone de manifiesto ante todo por qué se justifica el estudio conjunto de estos institutos. No hemos tenido sólo presente el fundamento jurídico edictal común, sino que prestamos atención también a razones históricas.

Procedemos a exponer las razones de Lenel a negar la existencia de una conexión interna entre los *recepta*, en cuanto que, según él, los dos últimos sólo aparecían junto al primero por el hecho de que también en ellos la aceptación de la obligación se designa con la palabra *recipere*. Sin embargo, no parece convincente la tesis que ve sólo una conexión verbal entre los dos *recepta*. La semejanza de nombre sin ningún otro punto de contacto no es motivo suficiente para llevar al Pretor a reunir estos negocios jurídicos bajo un mismo título en el Edicto. Es muy posible que exista semejanza en cuanto a la naturaleza jurídica a la que obedecen, esto es, que todos ellos participan de un fundamento jurídico común.

Abordamos también el estudio de la naturaleza jurídica de los *recepta* exponiendo las razones por las que pueden ser considerados como *nudos pactos* ni contratos consensuales. Pudiendo concluir que estos *recepta* constituirían cláusulas de aceptación de una responsabilidad estricta añadida a un negocio jurídico básico.

Posteriormente analizamos sucesivamente la estructura y contenido *compromissum* como requisito previo para someterse a continuación

a la decisión de un árbitro las partes que pretenden solucionar a la decisión de un árbitro las partes que pretenden solucionar sus controversias por este medio. Exponemos las obligaciones de las partes antes y después de la sentencia arbitral, para estudiar inmediatamente, los efectos del *compromissum* y los supuestos de su extinción. Por último hacemos un estudio detallado de la función del arbitraje privado y su semejanza con el arbitraje público —los elementos comunes que presentan ambos. Destacamos que sea cual sea la dificultad existente para determinar el perfil exacto del *arbiter* y del *iudex* en la época más antigua, en el caso del *arbiter ex compromisso*, es posible conocer sus características y las causas que le incapacitan para ejercer como tal, teniendo en cuenta la doctrina en el D,4,8.

En particular se explica en qué sentido el *arbiter* debía actuar de acuerdo con el derecho objetivo y las normas en que éste se expresa y cómo la eventual no sugestión del árbitro a esas normas podía encontrar su sanción.

En cuanto a los poderes del árbitro subrayamos como son prácticamente los mismos del juez y, teniendo un mismo fin el árbitro disponía de los mismos medios para alcanzarlo.

Después de hacer una breve referencia a la distinción *arbiter-sequester* y *arbiter-iudex* analizamos por último el *receptum arbitrii* refiriéndonos en primer lugar a la aceptación del árbitro y a la forma en que debía llevarse a efecto el pacto de *receptum arbitrii*.

La exposición concluye con el estudio de la responsabilidad del árbitro y las dificultades que ha planteado en la doctrina la sanción del mismo por el incumplimiento del *receptum* pues limitándose el Pretor a expresar un genérico *cógere* no podemos extraer una conclusión precisa, en cuanto que puede hacer referencia a cualquier tipo de *coercitio* de las que dispone el magistrado. Llegamos a la conclusión de que no existen datos en las fuentes que permitan afirmar de forma categórica la existencia de acción alguna contra el árbitro incumplidor.

Para completar la exposición hacemos referencia también a las reformas introducidas por Justiniano en relación con la institución del

tribunal arbitral y, en particular, subrayamos la introducción de una verdadera *actio in factum* para exigir la sentencia de los árbitros cuando las partes así lo hubieran expresamente acordado.

Notas sobre las relaciones entre la Iglesia y el Gobierno del General Franco durante la Guerra Civil

NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ

«Las tensiones político sociales que se habían acumulado durante la II República y que habían bipolarizado a la sociedad española en dos grandes bloques antagónicos e irreconciliables abocaron a España a la guerra civil de 1936, con lo que el poder dominante, o sea, el vencedor en 1939, borró totalmente la legislación anterior e impuso la suya propia. Lo cierto es que desde un principio se presentó la contienda como Alzamiento Nacional y luego como Cruzada, lo que equivalía a recubrir la guerra civil, por parte de un bando, bajo el manto de la advocación divina, como si Dios, al igual que el pueblo hebreo de la antigüedad, le hubiera ordenado ‘salir a la guerra contra los filisteos’.»¹

Interesa destacar especialmente cómo se sucedieron los acontecimientos que llevarían a la implantación de un nuevo modelo de Estado que estaría vigente durante casi cuarenta años y que supuso un tratamiento y una visión muy peculiar de la cuestión religiosa y de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

«Como consecuencia del Alzamiento Nacional, el territorio español quedó dividido en dos zonas: una que continuaba sometida al régimen republicano; la otra bajo la autoridad del naciente Estado nacional.

Dos regímenes en lucha para lograr su extensión a toda España y dos regímenes con dos concepciones opuestas en punto a las relaciones entre la Iglesia y el Estado.»²

Lógicamente, en este momento volvemos a encontrarnos con problemas básicos en la historia política española y que aún estaban por

resolver, a saber, sistema monárquico, sistema republicano; clericalismo o anticlericalismo; centralismo o regionalismo, y el conflicto siempre latente entre los propietarios y el proletariado.

Del mismo modo, en un principio, tanto en uno como en otro bloque vinieron a integrarse fuerzas a primera vista, en ocasiones francamente dispares, pero que resultaban unidas por su toma de posición ante los intereses en conflicto, ante las posturas iniciales de cada uno de los bloques.

Así, fue por todas estas circunstancias y por su trayectoria histórica fundamentalmente en la sociedad política española, por lo que la Iglesia se ve integrada ya desde los orígenes, en un bloque, en el nacional. En realidad, los intereses de la Iglesia se centraban en su oposición radical a la política republicana, aunque para ello se aliara a un sistema autoritario, pese a sus claras preferencias monárquicas.³

A reafirmar la integración inicial de la Iglesia en el bloque nacional, contribuyó la situación que se vivía en la zona republicana, ya que en esta se desarrolló una cruentísima persecución contra la Iglesia.⁴

Dicha persecución religiosa contó con la repulsa no sólo de la Iglesia Nacional, sino de la Iglesia en su conjunto, en especial en palabras del Romano Pontífice.

Por ello, cuando Pío XI recibió en Castelgandolfo a un numeroso grupo de evadidos de la zona roja, sus manifestaciones tendrían el siguiente tono: «... todo ha sido asaltado, arruinado, destruido con los modos más villanos y bárbaros, con el desenfreno más libertino, jamás visto, de fuerzas salvajes y crueles que pueden creerse imposibles, no digamos a la dignidad humana, sino hasta la misma naturaleza humana, aun la más miserable y la caída más abajo».⁵

Y en la Encíclica «Divini Redemptoris», también volvería a referirse a los acontecimientos acaecidos en la zona republicana con palabras similares: «... Destrucción tan espantosa se lleva a cabo con un odio, una barbarie y una ferocidad que no se hubiera creído posible en nuestro siglo».⁶

Pese a lo expuesto, resulta un hecho innegable que la situación en el pueblo vasco fue, si no diametralmente opuesta, su cuanto menos sustancialmente distinta a la vivida en el resto de las zonas republicanas. Por ello, y aunque excedería al objetivo prioritario de estas líneas efectuar un examen minucioso y contrastado del desarrollo de los acontecimientos en el pueblo vasco, sí que nos vemos en la obligación de apuntar, aún a sabiendas de lo controvertido que el tema continúa resultando, unas premisas muy generales que hicieron del vasco un tema diferente; a saber: 1) la incuestionable catolicidad del pueblo vasco; 2) la inclinación mayoritaria de los vascos por el bando republicano; 3) el carácter que tuvo el gobierno vasco de Euzkadi; 4) la Iglesia, en su conjunto, fue en términos generales más respetada que en las restantes zonas republicanas; 5) el clero, junto con el pueblo al que dirigía, se mostró partidario o, por los menos, no reaccionario ante el gobierno republicano. Todo ello trajo como consecuencia lo que pudieran ser denominadas «represalias» por parte del gobierno nacional, y entre ellas merecen destacarse la expulsión del obispo de Victoria, Monseñor Múgica, y el fusilamiento de sacerdotes.⁷

Si, como expusimos, la integración inicial de la Iglesia al bando nacional, excepción hecha del pueblo vasco, fue clara en un principio, ya que iniciada la guerra civil la postura de la Iglesia y de las partes venían dadas en función del pasado de la sociedad y la política española;⁸ esta afirmación puede ser corroborada con algunos datos y documentos especialmente significativos que se sucederían desde los primeros momentos de la contienda.

En primer lugar, la jerarquía eclesiástica si bien no participó directamente en el Alzamiento Nacional,⁹ sí que lo consideró como un movimiento libertador. Quizá por ello sus documentos tanto individuales como colectivo representan una apología del nuevo régimen, que se fundamenta básicamente no en unas convicciones políticas, sino en la lucha contra un enemigo común (la república, el comunismo), y especialmente en el carácter religioso que se le otorga a la guerra por la jerarquía eclesiástica española, de forma unilateral.¹⁰

Abundan y aclaran esta idea numerosos y valiosos documentos. Entre ellos podemos destacar: la llamada Pastoral conjunta de los obispos vas-

cos, efectuada ya el 6 de agosto de 1936 y varias declaraciones de miembros de la jerarquía eclesiástica, como las de Monseñor Olaechea de Pamplona; del arzobispo de Valladolid; del arzobispo de Granada, etc.¹¹ En todos estos textos aparecen unidas las ideas de religión y patria, y el carácter de cruzada de la guerra civil.

Especial mención merecen entre las primeras manifestaciones y actitudes eclesiásticas dos documentos por la repercusión que tuvieron. Nos referimos a la Pastoral de Monseñor Pla y Daniel, arzobispo de Salamanca y a la del Cardenal Gomá.

Monseñor Pla y Daniel, en su Pastoral «Las dos ciudades», diría que no se puede criticar a la Iglesia «porque se haya abierta y oficialmente pronunciado a favor del orden contra la anarquía, a favor de la implantación de un gobierno jerárquico contra el disolvente comunismo, a favor de la defensa de la civilización cristiana y sus fundamentos, religión, patria y familia, contra los sin Dios, sin patria y hospicianos del mundo, en frase feliz de un poeta cristiano».¹²

Por su parte, el Cardenal Gomá, que apoyó decididamente el movimiento desde el primer día; en su pastoral «El caso de España» vendría a firmar: «Esta cruelísima guerra es en el fondo una guerra de principios, de doctrinas, de un concepto de la vida y del hecho social contra otro, de una civilización contra otra. Es la guerra que sostiene el espíritu cristiano y español contra este otro espíritu».¹³

Queda claro, en consecuencia, el apoyo de la Iglesia al alzamiento, el rechazo de la república y el comunismo, y el contenido esencialmente religioso, por encima del social o político que la jerarquía atribuye a la guerra, con lo que su apoyo al nuevo régimen queda, en principio, justificado.

En segundo lugar, hay que traer a colación un dato nuevo. Frente a la actitud de la jerarquía que, como quedó expuesto, no participó directamente en el Alzamiento, resulta indiscutible la participación de los católicos en la sublevación militar del 18 de julio de 1936. En efecto, los requetés constituyen la aportación militar decisiva de los católicos, y presentaron un apoyo cualificado tanto para el General Mola como

para la Junta de Generales y posteriormente para Franco.¹⁴ Aun así, y teniendo presente también la colaboración, aunque no armada, de numerosas personalidades católicas,¹⁵ resultó mucho más relevante el apoyo moral de los católicos a la sublevación, ya que de manera semejante a su jerarquía, consideran a los alzados en buena medida como sus salvadores.

Y, en tercer lugar, debemos establecer una matización importante para conocer desde dónde surgieron los apoyos que serían utilizados para configurar el nuevo régimen y, por ende, el nuevo Estado. Tal matización, si bien ya fue enunciado anteriormente «el carácter religioso que se le otorgó a la guerra por la jerarquía española de forma unilateral», precisa un posterior desarrollo. Es más, conocemos cuál fue la postura inicial de la Iglesia, pero no la de los alzados.

Payne afirma que «se proponían instaurar un régimen más autoritario y conservador, dominado por los militares. La religión no tuvo ningún papel oficial en esa empresa. Algunos de los activistas militares no sentían ningún interés por la defensa del catolicismo, mientras que otros se mostraban renuentes a complicar aún más la situación dando a su movimiento un tono religioso. Los rebeldes esperaban un apoyo extenso de las clases medias y no deseaban provocar el antagonismo de los anticlericales moderados. Por eso, sus primeras declaraciones, en los comienzos del conflicto, no hicieron ninguna referencia a la cuestión religiosa».²⁴

En efecto, la importancia del tema o factor religioso no fue tomada en consideración originariamente. Por lo tanto, ni los jefes insurrectos ni Franco¹⁷ se consideran, en un principio, como cruzados, sino más bien como defensores del orden republicano.

Avalan esta tesis las afirmaciones efectuadas por Franco cuando lanza el primer manifiesto de la sublevación militar, o posteriormente el 22 de julio.¹⁸ Y también podrían utilizarse otros argumentos como la composición de la Junta de Defensa Nacional o su programa.¹⁹

El General Franco, en el discurso que pronuncia el 1 de octubre, con ocasión de su elevación a la Jefatura del Estado, se referiría a la problemática religiosa en los siguientes términos: «El Estado, sin ser confe-

sional, concordará con la Iglesia Católica, respetando la tradición nacional y el sentimiento religioso de la inmensa mayoría de los españoles, sin que ello signifique intromisión ni reste libertad para la dirección de las funciones específicas del Estado».²⁰

Ahora bien, tergiversaríamos el desarrollo de los acontecimientos si no advirtiéramos que, en algunos pronunciamientos militares, el tema religioso sí apareció expresamente mencionado,²¹ quizá porque la dirección militar decidiese aprovechar el apoyo católico que se le brindaba, quizá por circunstancias diversas; pero ello no significó que se convirtiera en el motivo fundamental de la guerra.

Será por todo ello, por lo que nos manifestamos partidarios de que en el controvertido tema de la «Cruzada», fueron los obispos y no Franco quienes utilizaron por primera vez la idea de cruzada como interpretación ideológica de la guerra civil. De este modo, el factor religioso se incorporará a la ideología política de Franco durante la guerra civil y por efecto de la guerra civil; de ahí se derivará que, siendo el último elemento de su ideología, acabe por transfigurarla de raíz y con un sentido permanente.^{22/23}

Es más, si el trasfondo religioso como justificación y legitimación de la guerra, tiene su máximo sentido en la interpretación que a tal efecto efectúa la jerarquía eclesiástica; una vez utilizado por la Iglesia, y a la vista de las ventajas que de él pudieran derivarse a nivel nacional e internacional (aunque tampoco hay que olvidar los posibles inconvenientes), comienza a ser utilizado por el nuevo estado pero con menor intensidad. Incluso Franco daría claras pruebas de que la fe y el nacionalismo debían ir unidos decantándose a favor de la ideología tradicional española.²⁴

Si hasta el momento hemos hecho referencia a los apoyos iniciales de la Iglesia, resulta preciso que nos detengamos en un documento que expresa, resume y manifiesta de manera evidente el apoyo de la Iglesia, por boca de su jerarquía, al nuevo sistema político: la Carta colectiva del Episcopado español.²⁵

Dada la extensión del documento, ofrecemos una síntesis del mismo que consta de cuatro conclusiones:

«1.º Que la Iglesia, a pesar de su espíritu de paz y de no haber querido la guerra ni haber colaborado en ella, no podía ser indiferente en la lucha: se lo impedían su doctrina y su espíritu, el sentido de conservación y la experiencia de Rusia. De una parte se suprimía a Dios, cuya obra ha de realizar la Iglesia en el mundo, y se causaba a la misma un daño inmenso, en personas, cosas y derecho, como tal vez no lo haya sufrido institución alguna en la historia; de la otra, cualesquiera que fuesen los humanos defectos, estaba el esfuerzo por la conservación del viejo espíritu español y cristiano.

2.º La Iglesia, con ello, no ha podido hacerse solidaria de conductas, tendencias o intenciones que, en el presente o en el porvenir, pudieran desnaturalizar la noble fisonomía del movimiento nacional, en su origen, manifestaciones y fines.

3.º Afirmamos que el levantamiento cívico-militar ha tenido en el fondo de la conciencia popular un doble arraigo: el del sentido patriótico, que ha visto en él la única manera de levantar a España y evitar su ruina definitiva; y en el sentido religioso, que lo consideró como la fuerza que debía reducir a la impotencia a los enemigos de Dios y como la garantía de la continuidad de su fe y de la práctica de su religión.

4.º Hoy por hoy, no hay en España más esperanza para reconquistar la justicia y la paz y los bienes que de ellas se derivan que el triunfo del movimiento nacional. Tal vez hoy menos que en los comienzos de la guerra, porque el bando contrario, a pesar de todos los esfuerzos de sus hombres de gobierno, no ofrece garantías de estabilidad política y social».²⁶

Podemos establecer una serie de consideraciones acerca del contenido, finalidad y repercusión de tan importante Carta colectiva.

Ante todo, hay que destacar que estamos ante un documento mucho más ponderado de los que hasta ahora hemos traído a colación. Probablemente pueda ser esta la razón de que, aunque el espíritu del contenido del texto puede identificarse con el término, en ningún momento aparece en la citada Carta colectiva el término «Cruzada» tan usado hasta esta fecha, en contra de lo que en ocasiones se ha dicho.

La Carta es obra del Cardenal Gomá, el cual, como conocemos, se había pronunciado ya de forma reiterada sobre la situación de la guerra ²⁷

En la gestación de la misma confluyen varias circunstancias y acontecimientos. ²⁸ Entre ellos, la idea de la Santa Sede de un nuevo docu-

mento episcopal, de una verdadera pastoral auténticamente colectiva que viniese a eliminar la penosa impresión de la pastoral de los obispos vascos; la del Cardenal Gomá, de hacer un documento colectivo que paliara en parte la falta de una declaración de la Santa Sede en apoyo del Gobierno de Burgos; el deseo que el General Franco expresaría a Gomá acerca de la necesidad de un documento colectivo del Episcopado español con el fin de desvirtuar la información falsa o tendenciosa que tanto daño había hecho al nombre de España y de la Iglesia española; y, la opinión mayoritaria de los metropolitanos acerca de la oportunidad del escrito, excepción hecha del Cardenal Vidal i Barraquer.²⁹

También, lógicamente, la Carta recoge y corrobora los postulados básicos en los que fundamenta su apoyo al nuevo régimen y por los que se integra en uno de los dos bandos. La oposición al comunismo y la motivación religiosa.

Además, aunque se reitera el apoyo moral al nuevo régimen, éste se argumenta también sobre la base de lo que de él se espera, y de lo que en el futuro debería y no debería llegar a ser.

Podríamos concluir el análisis de la Carta dejando constancia de que en consonancia con los propósitos con que había sido pensada, su difusión fue muy extensa, y debió gozar a determinados niveles del esperado éxito,³⁰ pese a que no se conoce a ciencia cierta la opinión o parecer del vaticano sobre la misma.³¹

En suma, esta pastoral significa el cumplimiento de la empresa legitimadora de la sublevación por parte de la Iglesia de España, pero, también sirve para revelar las divisiones que la sacralización de la guerra civil comienzan a provocar entre los católicos (especialmente significativas fueron las actuaciones de Vidal i Barraquer y Múgica).

Si tras la difusión del todavía hoy polémico documento el horizonte se despejaba cada vez más para el triunfo de la España nacionalista, y si gracias al mismo la sublevación militar de Franco empezó a verse con otros ojos en el mundo, en virtud del decidido apoyo de la Iglesia española, cuyo compromiso con una de las partes unció a la institución eclesiástica al carro del franquismo durante varias décadas;³² para com-

pletar la visión general del tema deberemos conocer si la Iglesia a nivel internacional, el Vaticano, asumía la misma postura que la Iglesia española. Nuestro objetivo, pues, radica en averiguar cuáles fueron las relaciones del Vaticano con los bandos en los que España se encontraba dividida.³³

Las relaciones de la Santa Sede con el gobierno republicano y con el gobierno de Burgos se desarrollaron por caminos distintos y corrieron suertes diversas, dadas entre otras circunstancias, las preferencias o simpatías iniciales del Vaticano hacia el Movimiento Nacional, lo que no impidió que fuera extremadamente cauteloso a la hora de realizar un reconocimiento formal en favor del mismo.

Por lo que atañe a las relaciones de la Santa Sede con el gobierno republicano, puede afirmarse que éstas no se vieron formalmente interrumpidas ni por la sublevación militar ni por la persecución religiosa que se desencadenó en la zona roja.

Al producirse el alzamiento, Luis de Zulueta, que había sido nombrado embajador de España en el Vaticano el 1 de junio de 1936, permanecerá en su puesto hasta agosto del mismo año, y en ningún momento se le retira el placet.³⁴

El Nuncio Tedeschini abandona la sede española el 11 de junio de 1936, al ser nombrado cardenal, y su sucesor, Monseñor Cortieri, no llega a tomar posesión de su cargo. A partir de este momento, la Nunciatura, que permanece abierta, está bajo la dirección de Monseñor Silvio Sericano y, posteriormente, de un secretario, Alfonso Ariz Echarte, siendo considerada por algunos observadores su existencia como oficiosa.³⁵

Pese a todo y como la Santa Sede no consideró que existiera una causa de ruptura jurídica aunque el gobierno republicano no atendiese sus notas de protesta, hubo diversos intentos para normalizar las relaciones. Resultaron relevantes las actuaciones tanto de Irujo como de católicos vascos y catalanes.

Observamos que los intentos de normalización resultaron infructuosos, aun a sabiendas de los beneficios innegables que podía reportar la

reanudación de relaciones entre el gobierno republicano y la Santa Sede. Sin duda contribuyó, amén de la trayectoria republicana, las relaciones oficiosas que se mantenían con el gobierno del General Franco.

Ahora bien, ¿cuáles eran entre tanto esas relaciones? Podemos establecer una aseveración inicial; las relaciones entre la Santa Sede y el gobierno del General Franco transcurrieron por cauces sustancialmente diferentes, hasta llegar al reconocimiento oficial del Gobierno Nacional.

Desde los primeros momentos del alzamiento, la Santa Sede recibiría información puntual de los acontecimientos por medio del Cardenal Gomá. Por ello existe constancia de diversos informes enviados a Roma ya desde agosto de 1936,³⁶ en los que el Cardenal Gomá (que recordemos, había apoyado públicamente el alzamiento casi desde sus orígenes) insistiría en la situación de amplia libertad y aun de favor y protección, de que podría gozar la Iglesia de triunfar el movimiento nacional; en las manifestaciones públicas de religiosidad; y en la reviviscencia de la fe y la piedad cristiana como consecuencia de la situación creada por la guerra.

Gracias a la habilidad personal del Cardenal Gomá los primeros conflictos, que no se hicieron esperar (baste citar el discurso pronunciado por el General Franco con ocasión de su elevación a la Jefatura del Estado; la expulsión del obispo de Vitoria, Monseñor Múgica; o el fusilamiento de sacerdotes vascos) no llegaron a producir las consecuencias que hubieran sido previsibles, dado el malestar que los acontecimientos habían provocado en el Vaticano.

Quizá por todo ello, y a la vista de los distintos informes presentados en Roma personalmente por Gomá, se llegaría a la conclusión de que era necesaria alguna forma de reconocimiento del gobierno de Burgos, pero como no se quería hacer un reconocimiento formal, se arbitró la solución intermedia de enviar un representante confidencial a modo de Legado Pontificio. El representante confidencial sería el Cardenal Gomá.

El Cardenal se trajo de Roma dos cartas del Cardenal Pacelli y una bendición especial del Papa Pío XI al «General Franco y a cuantos con

él colaboraron en la defensa del honor de Dios y en la defensa de España». Una de las cartas contenía las credenciales para entregárselas al General Franco, y en la segunda había instrucciones para no permitir la sujeción de la Iglesia al poder civil, así como temas puntuales en los que se consideraba necesario hacer hincapié.³⁷

A su llegada a España el Cardenal Gomá se entrevistaría con el General Franco, y hay que destacar que de esta entrevista ya saldrían algunos acuerdos.³⁸

Pero los conflictos no cesaron, y si bien en este momento eran lógicos por cuanto se empezaba a intentar dar forma a lo que habrían de ser las relaciones entre ambos poderes, también continuarían posteriormente.

Primeramente se centrarían en las negociaciones para la regulación del ejercicio de los sacerdotes castrenses, ya que la restauración de la jurisdicción castrense fue efectuada unilateralmente por el Estado. Fue el General Germán Gil Yuste quien, mediante una Orden de la Secretaría de Guerra, reguló, provisionalmente, la reorganización de las Tenencias Vicarías Castrenses. La Orden se hizo extensiva a la Marina.³⁹

Tales acontecimientos provocaron las protestas de la Santa Sede, y el que ésta advirtiera de los peligros que podían derivarse de tales formas de hacer, que quizá fueran utilizadas por el Estado para entrar a legislar en materias eclesiásticas.

Aun así, el Cardenal Gomá, consciente de los continuos roces que se sucedían, permanecía fiel a su posición y convicciones, insistiendo ante Roma para que se llegara al reconocimiento del Gobierno Nacional, haciendo ver los beneficios que de ello se derivarían, especialmente para la Iglesia nacional, y haciéndose eco de las palabras e inquietudes del General Franco en este sentido, ya que sin el reconocimiento le faltaba a su empresa un apoyo moral insustituible.

La Santa Sede, entre tanto, seguía mostrándose extremadamente cautelosa en el tema. Del reconocimiento podrían derivarse posibles resonancias y efectos negativos, le hubiera supuesto tomar partido por el bloque de Italia y Alemania y, previsiblemente, empeorar las relacio-

nes que se mantenían con países como Estados Unidos, Francia o Inglaterra. Además, hay que dejar constancia de que los intereses de la Iglesia Vaticana no siempre coinciden con los de las Iglesias establecidas en las diferentes sociedades nacionales.⁴⁰

El desárrollo de los acontecimientos nos obliga a poner de manifiesto que, aunque con prudencia, se iban dando los pasos necesarios por ambas instancias que culminarían en el reconocimiento definitivo.

Mientras que el Cardenal Pacelli envía a España, en principio sin ninguna misión diplomática oficial, a Monseñor Hildebrando Antoniutti,⁴¹ cuya tarea consiste en ocuparse de los niños vascos y confidencialmente en estudiar sobre el terreno e informar a Roma de las posibilidades de llevar a cabo el reconocimiento; el gobierno nombró al Marqués de Aycinena, Pablo Churruga, ministro plenipotenciario con la finalidad de evitar los enfrentamientos radicales con la Santa Sede que venían produciéndose con su predecesor, el Marqués de Magaz.

Finalmente, el 7 de septiembre de 1937, el Cardenal Pacelli comunicaría al Cardenal Gomá el nombramiento de Monseñor Antoniutti como encargado de negocios de la Santa Sede en España. Dada la satisfacción ante tal nombramiento por parte del Gobierno, que lo interpretó como un reconocimiento, se le dispensaron toda clase de honores.⁴²

Uno de los primeros asuntos que reclamó la atención de Monseñor Antoniutti fue la existencia de numerosas sedes vacantes, las cuales necesitaban ser ocupadas tras los oportunos nombramientos.

Diversos problemas confluían en este tema, fundamentalmente el del procedimiento a utilizar, ya que la Santa Sede consideraba en base a las tesis sustentadas por el Papa Benedicto XV, que el Concordato de 1851 no podía ser aplicado, ya que podría ser considerado como caducado e inexistente en el momento actual.⁴³

La solución por la que se optó fue la de utilizar una «fórmula de cortesía» en los traslados que primeramente se efectuaron, comunicando al encargado de negocios en la Santa Sede las designaciones que venían haciéndose, mediante un emisario de la Secretaría de Estado, 48 horas antes de la publicación del nombramiento en el periódico Vaticano.

El Encargado de Negocios ante la Santa Sede advirtió de que el procedimiento podía no ser correcto. Y el asunto se complicó cuando la Santa Sede, de manera unilateral, nombró como obispo de León al P. Carmelo Ballester, actuación a la que el gobierno del General Franco respondió de manera inmediata dando instrucciones al Marqués de Ay-cinena para que protestase por el nombramiento, que sería aceptado sólo en cuanto se trataba de un hecho consumado.

A partir de este suceso, quizá evitable, se iniciaron las negociaciones que culminaron con la firma del Acuerdo de 1941. Dicho Acuerdo será una pieza clave en el desarrollo de las relaciones Iglesia-Estado en España.⁴⁴

Nos resta todavía referirnos a dos nombramientos de suma trascendencia. Los nombramientos son los de Gaetano Cicognani y José Yanguas Messía.

Por fin se conseguiría el tan deseado reconocimiento vaticano, tal vez porque la situación en ese momento era más propicio. Hay que decir que a ello contribuyó el hecho de que el Gobierno del General Franco se había encargado de crear un clima más distendido, gracias por ejemplo a determinadas declaraciones de intenciones con proyección católica y a la derogación de algunas leyes republicanas contrarias a los intereses eclesiásticos.⁴⁵

La designación de Monseñor Cicognani se hizo pública el 16 de mayo de 1938, el cual llega a San Sebastián el 19 de junio y presenta sus cartas credenciales el día 24. Seis días más tarde, José Yanguas Messía reemplaza al encargado de negocios Churruga como embajador español ante el Vaticano. «Este intercambio de diplomáticos rubrica el reconocimiento de pleno derecho del Estado Nacional, veintidós meses después del comienzo de la guerra, cuando el gobierno de Burgos ha sido ya reconocido, de facto o de iure por catorce Estados».⁴⁶

El General Franco al recibir oficialmente al Nuncio Cicognani le dijo: «Excelencia Reverendísima, podeis decir al Santo Padre que no es España ni verdaderos españoles los que obedeciendo consignas extranjeras, quemaron los templos del Señor, martirizaron a sus ministros y

destruyeron implacablemente, con saña sin ejemplo, todo lo que en nuestra patria significaba, al mismo tiempo que manifestación de cultura, expresión de fe católica». ⁴⁷

Aceptar el planteamiento vertido en el texto transcrito llevaba consigo, suponía, un peligro importante; el identificar ser buen español con una línea política y una actuación religiosa determinada. Consecuentemente la identificación de la Iglesia con el régimen político surgiría de manera espontánea, de modo que lo nacional sería igual a catolicismo, tradicionalismo, autoridad, orden, etc., rechazándose, por tanto, valores que se consideraban opuestos como la democracia, la libertad o la república. ⁴⁸

El embajador Yanguas Messía en la presentación de cartas credenciales pronunció un discurso en el que reiteró la catolicidad de España, que había sido sellada con el sacrificio y afirmada solemnemente en su Cruzada, e hizo especial mención a las disposiciones del Gobierno en materia religiosa.

El discurso fue contestado por el Papa Pío XI ⁴⁹ y en él, aunque de forma improvisada, se vertieron importantes afirmaciones que vaciarían de contenido y significado las matizaciones establecidas a priori por la diplomacia vaticana.

Dada la sutileza que caracteriza a la diplomacia vaticana, al entregársele a Monseñor Cicognani sus cartas credenciales se le dijo que iba como Nuncio cerca del gobierno de Burgos, y del mismo modo, cuando el embajador Yanguas recibe la comunicación de la Secretaría de Estado en la que se le indica la fecha en que iba a ser recibido por su Santidad para la entrega de las cartas credenciales, se le dirige como «Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la España Nacional cerca de la Santa Sede». ⁵⁰

En consecuencia, cuando el Papa en su discurso pronunció frases como «a la España entera que vos representais» o «Franco, jefe actual de España» o «a fin de que pueda trabajar cada vez con mayor fruto para el bien de vuestra y nuestra querida España», dejan de tener sentido todas las matizaciones establecidas.

Algunos observadores han señalado que el Vaticano reconoció al Gobierno Nacional porque veía como segura la victoria del General Franco. Nosotros, después de recorrer el complejo entramado por el que discurrían las relaciones entre la Santa Sede y el Gobierno de Burgos no podemos ni debemos sumarnos a una argumentación tan simplista, ya que el reconocimiento fue consecuencia, por lo menos, de los múltiples factores apuntados.

Progresivamente, en su formulación externa, en sus manifestaciones públicas, la proximidad entre el régimen del General Franco y la Iglesia se fue haciendo cada vez más evidente. Por ello consideramos que, al ser imposible para el poder civil y militar asumir por sí solo la tarea de propaganda contrarrevolucionaria, la aportación y colaboración de la Iglesia se convertirá en decisiva, consistiendo fundamentalmente en la matización religiosa y cristiana que impregnará toda la sociedad española. «El Nuevo Estado se congraciaba con la Iglesia a través de su política restauracionista en el campo religioso y simultáneamente iba definiéndose en todos sus actos como católico. Lo católico representaba la construcción ideológica dominante en el conjunto de la instancia ideológica».⁵¹

En efecto, el nuevo régimen, para congraciarse con la Iglesia tanto nacional como con la Santa Sede, fue dictando una serie de normas tendentes a restablecer la situación de la que se disfrutaba con anterioridad al advenimiento de la II República. Externamente se daban muestras de clara simpatía y entendimiento, aunque internamente las tensiones existían y eran debidas a las negociaciones para el establecimiento de un acuerdo o de un nuevo concordato.

La muerte del Papa Pío XI y su sucesión por Pío XII tampoco supuso la existencia de conflictos que merezcan una especial atención.

Terminada la guerra, en el tema que nos ocupa, serán especialmente relevantes los telegramas que se cruzaron entre el Papa y Franco.

Su Santidad el Papa Pío XII dirigió al Generalísimo Franco el siguiente telegrama: «Levantando nuestro corazón al Señor, agradecemos sinceramente, con V.E., deseada victoria católica España. Hace-

mos votos para que este queridísimo país, alcanzada la paz, emprenda con nuevo vigor sus antiguas y cristianas tradiciones, que tan grande le hicieron. Largos sentimientos efusivamente enviamos a Vuestra Excelencia, y a todo el noble pueblo español nuestra apostólica bendición». ⁵² El Papa también tuvo palabras para todos los españoles y para los obispos. ⁵³

El Generalísimo Franco contestó el telegrama de Pío XII con el siguiente: «Interna emoción me ha producido paternal telegrama de Vuestra Santidad con motivo victoria total de nuestras armas que en heroica cruzada han luchado contra enemigos de la Religión, de la Patria y de la civilización cristiana. El pueblo español que tanto ha sufrido, eleva también con Vuestra Santidad, su corazón al Señor, que le dispensó su Gracia, y le pide protección para su gran obra del porvenir, y conmigo expresa a Vuestra Santidad inmensa gratitud por sus amorosas frases y por su apostólica bendición, que ha recibido con religioso fervor y con la mayor devoción hacia Vuestra Santidad». ⁵⁴

Aunque los discursos y mensajes son siempre grandilocuentes también son, en este caso, significativos del clima de felicidad reinante. ⁵⁵ Las tensiones han desaparecido, al menos momentáneamente, ya que aflorarán de nuevo en etapas inmediatamente posteriores.

Vislumbradas someramente cuáles fueron las relaciones primeras entre la Iglesia y el Nuevo Régimen, podemos apuntar a modo de conclusiones las siguientes:

1) La motivación ideológica de la contienda, que en los primeros momentos es utilizada por la jerarquía eclesiástica nacional como elemento legitimador del apoyo que presta al régimen, se convierte posteriormente en argumentación de suma utilidad para el propio régimen y, en especial para Franco. Servirá como tarjeta de presentación en las relaciones con la Iglesia a nivel internacional y en las relaciones internacionales en general, aunque en este último caso con muy diversos resultados.

2) El Vaticano apuesta por el nuevo régimen en función de las esperanzas puestas en el mismo en orden a la restauración de los principios tradicionales católicos en la nueva España, de lo que quiso ver buena

prueba en las actitudes tanto de Franco como de las personas más representativas del régimen.

3) La Iglesia española y en especial su jerarquía, seguirá en líneas generales las pautas marcadas por la Iglesia romana, rara vez innovadora.⁵⁶

4) Producida la victoria de la contrarrevolución franquista y nacionalcatólica, las demandas efectuadas por la Iglesia al Estado van a variar sustancialmente. La victoria colocará a la Iglesia en una nueva posición que la llevará a buscar metas más ambiciosas, entre ellas intentará reconquistar el espacio sociopolítico, imponer la confesionalización tanto del Estado como de diversas instituciones sociales secularizadas y, por supuesto, recristianizar al pueblo.⁵⁷

5) El Estado, al intentar ofrecer un marco y un contenido ideológico para conseguir la adhesión al régimen, delegará su papel de tutor ideológico en la Iglesia fundamentalmente, frente a los elementos que se sitúan en la vertiente tradicionalista y religiosa de la sociedad. El Estado tratará de utilizar el aparato católico para los fines del poder contrarrevolucionario, de modo que el nacionalcatolicismo prevalezca sobre el fascismo.⁵⁸

Predecir quién, en esta confrontación aparentemente amistosa de poderes saldrá ganando, si es que así fue, supondría adentrarnos en el estudio de las relaciones entre la Iglesia y el Estado durante los casi cuarenta años de pervivencia del régimen franquista, y ello obviamente escapa al objetivo del presente trabajo. Apuntemos, no obstante, que la indeterminación inicial de los sistemas eclesial y político, así como las actuaciones, en ocasiones excesivamente politizadas de la jerarquía eclesial española depararán no pocos inconvenientes en el porvenir más inmediato de las relaciones entre ambos poderes.

NOTAS :

1. Vid. D. BASTERRA, *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica* (Madrid, 1989), 221.
2. Vid. I. MARTIN MARTÍNEZ, «El desarrollo de la Iglesia Española y sus relaciones con el Estado», *El Nuevo Estado español*, 2.ª ed. (Madrid, 1963).
3. Cfr. J.J. RUIZ RICO, *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco* (Madrid, 1977), 17-20.
4. A. MONTERO, *Historia de la persecución religiosa en España, 1936-1939* (Madrid, 1961). *Guía de la Iglesia en España* (Madrid, 1954). *La denominación roja en España* (Madrid, 1953).
5. «Palabras del Papa Pío XII a los Obispos, Sacerdotes, Religiosos y Seglares prófugos de España», el 14 de septiembre de 1936.
6. *Encíclicas y Documentos Pontificios* (Madrid, 1955). *Divini Redemptoris* 20.
7. Señalar también que resultó especialmente discutida y controvertida por su repercusión en el clero que no la acogió favorablemente, la Instrucción pastoral que el 6 de agosto de 1936 publican conjuntamente los obispos de Vitoria y de Pamplona. Vid. A. MONTERO, *op. cit.*, 682.
8. Cfr. J.J. RUIZ RICO, *op. cit.*, 16.
9. Se puede contrastar esta opinión en GUY HERMET, *Los católicos en la España Franquista II. Crónica de una dictadura* (Madrid, 1986), 30.
10. Cfr. P. LOMBARDÍA, *La Actitud de la Iglesia ante el Franquismo, Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos* (Madrid, 1987), 85.
11. Pueden consultarse las siguientes obras: J. CHAO REGO, *La Iglesia en el franquismo* (Madrid, 1976); A. GRANADOS, *El Cardenal Gomá* (Madrid, 1958); M.L. RODRÍGUEZ AISA, *El Cardenal Gomá y la guerra de España. Aspectos de la gestión pública del Prímado 1936-1939* (Madrid, 1981); L. SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Franco y su tiempo*, vol. II (Madrid, 1985).
12. Vid. A. MONTERO, *op. cit.*, 688-708.
13. Vid. I. GOMÁ Y TOMÁS, *Pastorales de la guerra de España* (Madrid, 1955).
14. Cfr. GUY HERMET, *op. cit.*, 29.
15. Cfr. J. TUSELL, *Franco y los católicos* (Madrid, 1984), 17 ss.
16. Vid. STANLEY G. PAYNE, *El catolicismo español* (Barcelona, 1984), 218.
17. En lo que concierne a la trayectoria religiosa y católica de Franco hemos encontrado datos relevantes en: R. DE LA CIERVA, *Francisco Franco. Un siglo de historia* (Madrid, 1973);

- ídem. *Historia del Franquismo. Orígenes y configuración* (Barcelona, 1976); J.P. FUSI, «Franco» (Madrid, 1985).
18. Vid. F. DÍAZ-PLAJA, *La guerra de España en sus documentos* (Madrid, 1986), 24.
 19. Ídem., 24-26.
 20. Vid. L. SUÁREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 89-116.
 21. Algunos pronunciamientos del General Mola en el sentido indicado pueden encontrarse en: M. TUÑÓN DE LARA, *El hecho religioso en España* (París, 1968), 135 y en F. DÍAZ-PLAJA, *op. cit.*, 57-59.
 22. Cfr. R. DE LA CIERVA, *Historia del Franquismo. Orígenes y configuración 1939-1945* (Barcelona, 1976), 104. Y también J.M. CUENCA TORIBIO, *Relaciones Iglesia-Estado en la España contemporánea (1833-1983)* (Madrid, 1983), 71.
 23. En el tema de la Cruzada, merecen destacarse además de las obras ya citadas: F. G. OLMEDO, *El sentido de la guerra española* (Bilbao, 1938); J. M. GARCÍA ESCUDERO, *Historia política de las dos Españas* (Madrid, 1976); A. DE CASTRO ALBARRAN, *Guerra Santa. El sentido católico de la guerra española* (Burgos, 1938); J. DE LA CRUZ MARTÍNEZ, *¿Cruzada o rebelión?* (Zaragoza, 1938).
 24. Vid. las obras ya citadas de STANLEY G. PAYNE y F. DÍAZ-PLAJA.
 25. Vid. *Documentos Colectivos del Episcopado español, 1870-1974*. BAC (Madrid, 1974), 219-242.
 26. Vid. F. GIL DELGADO, *Conflicto Iglesia-Estado. España, 1808-1975* (Madrid, 1975), 170.
 27. Vid. I. GOMA Y TOMÁS, *Pastorales de la guerra de España* (Madrid, 1955).
 28. Vid. A. GRANADOS, *El Cardenal Gomá* (Madrid, 1958).
 29. Vid. A. GRANADOS, *op. cit.*, 172; J.J. RUIZ RICO, *op. cit.*, 50-51; GUY HERMET, *op. cit.*, 46-48; S. G. PAYNE, *op. cit.*, 229-221; L. SUÁREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. II, 236-237.
 30. Cfr. J.J. RUIZ RICO, *op. cit.*, 53.
 31. Cfr. GUY HERMET, *op. cit.*, vol. II, 49-50.
 32. Cfr. J.L. ABELLÁN, *De la guerra civil al exilio republicano (1936-1977)* (Madrid), 58.
 33. En el tema de las relaciones diplomáticas merece destacarse la obra de A. MARQUINA BARRIO, *La diplomacia vaticana y la España de Franco (1936-1945)* (Madrid, 1983).
 34. Cfr. CHARLES-ROUX, *Huit ans au Vatican* (París, 1947), 180.
 35. V. PALACIO ATARD, *Cinco historias de la república y de la guerra* (Madrid, 1973), 83.
 36. Los informes pertenecen al Archivo del Cardenal Gomá y pueden consultarse en A. MARQUINA BARRIO, *op. cit.*, 44 ss.
 37. Archivo del Cardenal Gomá. Carta al General Franco de 22 de diciembre de 1936.

38. Vid. A. MARQUINA BARRIO, *op. cit.*, 53.
39. Vid. Orden de la Secretaría de Guerra de organización de las Tenencias Vicarias Castrenses de 31 de diciembre de 1936 y Orden de 11 de enero de 1937 por la que se hacía extensiva su aplicación a la Marina.
40. En cuanto a las razones que forzaban a la Santa Sede a guardar una especial prudencia, vid J.J. RUIZ RICO, *op. cit.*, 58-59.
41. Diversas fuentes consultadas señalan que cuando Monseñor Hildebrando Antoniutti llega a España el 25 de julio de 1937 lo hace en calidad de Encargado de Negocios de la Santa Sede, pero este nombramiento no sería efectuado sino meses después.
42. Cfr. A. MARQUINA, *op. cit.*, 66.
43. Ídem., 86.
44. Vid. C. CORRAL, *Acuerdos Iglesia-Estado*.
45. Vid. A. BERNÁRDEZ CANTON, *Legislación eclesiásticas del Estado* (Madrid, 1965).
46. Vid. GUY HERMET, *op. cit.*, vol. II, 97.
47. Vid. *Iglesia, Estado y Movimiento Nacional* (Madrid, 1963), 32.
48. Cfr. J. M. LABOA, *Iglesia y Religión en las Constituciones españolas* (Madrid, 1981), 74.
49. Vid. A. MARQUINA BARRIO, *op. cit.*, 79-80.
50. Ídem., 82.
51. Vid. J. M. LABOA, *op. cit.*, 73.
52. Vid. M. C. GARCÍA NIETO - J.M. DONEZAR, *La España de Franco, 1939-1973* (Madrid, 1975), 57.
53. «Iglesia, Estado y Movimiento Nacional», 40-43.
54. Vid. M.C. GARCÍA NIETO. J.M. DONEZAR, *op. cit.*, 57.
55. En cuanto a las numerosas manifestaciones públicas de este clima puede consultarse R. GÓMEZ PÉREZ, *Política y religión en el régimen de Franco* (Barcelona, 1976).
56. Cfr. P. LOMBARDIA, *op. cit.*, vol. I, 414.
57. Cfr. GUY HERMET, *op. cit.*, vol. I, 414.
58. Cfr. GUY HERMET, *op. cit.*, vol II, 44.

La recepción del derecho romano testamentario en las Partidas

CARMEN PUJAL RODRÍGUEZ

INTRODUCCIÓN

El hecho histórico de la extensión del derecho romano justiniano merced al impulso dado a los estudios jurídicos por la llamada escuela de los Glosadores es un acontecimiento de tal complejidad y amplitud que o bien requiere una extraordinaria capacidad de síntesis, si se tratara de exponer los rasgos estimados como esenciales,¹ o bien una labor de equipo que depure y valore el gran número de datos conocidos e investigue al tiempo las zonas aún no exploradas. Hoy nadie duda que el genial esfuerzo de F. C. de Savigny que dio como resultado su admirable Historia del Derecho romano en la Edad Media no puede tener un continuador individual y no es extraño por tanto que las obras aparecidas o en trance de aparición a partir de la segunda mitad de este siglo tengan un carácter colectivo. Tal es el caso de la publicación aún inconclusa que conocemos con el nombre de IUS ROMANUM MEDII Aevi y que comenzó a publicarse en 1961 bajo los auspicios de la Société d'histoire de droits de l'antiquité. Pero si trazar un cuadro general de lo que fue la recepción del Derecho romano en la Europa medieval tropieza con dificultades obvias, sí es factible acotar una de las muchas parcelas que se pueden distinguir en ese inmenso campo y observar en ella los efectos concretos de aquel fenómeno general.

En el presente artículo y como se desprende del título, queda acotado un sector del Derecho privado —el Derecho testamentario y hay además una segunda limitación, esta de carácter geográfico, pues el estudio ha de referirse a lo ocurrido en Castilla. Otra frontera puesta de

antemano se remite al marco cronológico pues será ese período que conocemos con el nombre de época bajo-medieval el preferentemente enfocado.

Otras precisiones, que han de verse sin duda como nuevos acotamientos, guardan relación con las fuentes examinadas. El campo a explorar va a quedar limitado a las Partidas, quedando en principio marginada la posible información que pueda contenerse en fuentes literarias o en documentos de la práctica. Aún con tales restricciones estimamos que el material sobre el que se asienta el presente trabajo es lo suficientemente rico como para extraer de él resultados significativos.

Ahora bien, para la debida comprensión de las fuentes que han de manejarse, y una vez que partimos del hecho indiscutible de que constituyen textos fuertemente influidos por el Derecho romano, parece necesario trazar previamente las características del Derecho que se iba a asumir, pues es evidente que en el renacimiento jurídico medieval no operan a un tiempo todas las normas y principios que tuvieron validez en el Derecho de Roma desde sus más remotas épocas hasta ese punto final que de común acuerdo todos los romanistas sitúan en el gobierno del emperador Justiniano. Es sabido que es precisamente el Derecho justinianeo el que tiene aquí significación y a él por tanto hemos de referirnos primordialmente, pues ninguno de los juristas medievales que intervinieron en la obra que hemos de considerar resulta presumible que pudiera conocer fuentes prejustinianas o, en todo caso, si éstas llegaron a estar a su alcance no fueron tenidas en cuenta. Una primera parte, por tanto, del presente trabajo irá dedicada a la exposición del Derecho justinianeo en materia de testamento, precedente absolutamente necesario para la correcta interpretación de la fuente medieval de que luego habremos de ocuparnos.

1.—EL DERECHO TESTAMENTARIO JUSTINIANO

1.1.—Sus precedentes inmediatos. Consideraciones sobre la sucesión mortis causa en época postclásica

El Derecho justiniano en su conjunto se nos presenta como el resultado de múltiples factores. En efecto, encontramos el Derecho clásico, el gran modelo que los juristas justinianos siempre tuvieron presente, la tradición jurídica del Bajo Imperio, un pasado mucho más próximo y que, pese a su imperfección técnica, deja sentir sus efectos en los compiladores bizantinos, el helenismo y el cristianismo.²

El Derecho sucesorio no fue una excepción y cabe señalar, por tanto, respecto de él la existencia de esos factores. Una visión general de lo que fue la evolución de esa parte del Derecho tras el período clásico nos ayudará a centrar mejor el tema específico del Derecho testamentario justiniano.

Es lógico que los profundos cambios económicos y sociales que se dieron en el tránsito del Principado al Bajo Imperio repercutieron necesariamente en el Derecho hereditario, lo mismo que había acontecido en otros sectores del Derecho privado. Estos cambios hicieron necesaria la intervención legislativa de los emperadores que se suceden tras Diocleciano. Aunque los caminos seguidos en Oriente y Occidente no siempre coincidieron, lo que se trasluce de esa legislación (y lo mismo cabría decir de la literatura jurídica postclásica) es la influencia ejercida sobre ella por corrientes como el vulgarismo y el clasicismo, así como por el helenismo y el cristianismo.

Las concepciones jurídicas vulgares afloraron sobre todo en Occidente consiguiendo que muchas particularidades del antiguo Derecho romano, que se habían mantenido en la época clásica, fueran eliminadas. Justiniano, por el contrario, aunque no ignorase que las circunstancias sociales y económicas de su tiempo eran distintas a las del Principado, procuró atenerse con una cierta fidelidad a las fuentes clásicas

rehabilitando una serie de conceptos jurídicos que el vulgarismo había desechado. Los siguientes casos pueden servirnos como ejemplo.

La clasificación de los herederos en *sui y extranei*, fundamental en el Derecho clásico a efectos de la adquisición de la herencia y que en el Derecho vulgar de Occidente desaparece al sentarse el principio de que todos los herederos han de manifestar su aceptación, es rehabilitada por Justiniano.³ Lo mismo ocurre con la antigua regla según la cual *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest*. Desechada por el Derecho vulgar, Justiniano la actualiza, aunque la someta a algunas restricciones.⁴ Como también recoge la vieja idea de la sucesión a título universal con el principio conexo de la necesidad en el testamento de la institución de heredero, criterios que habían sido abandonados en Occidente al acompañarse la evolución jurídica a las tendencias vulgares. Dentro de éstas se inscriben la confusión entre institución de heredero y legados, la indiferenciación entre testamento y codicilo y también la desaparición de toda diferencia entre legados y fideicomisos.⁵

En otros puntos del Derecho de sucesiones no hubo sin embargo este contraste entre la postura justiniana y las tendencias vulgares post-clásicas. Tal ocurre con el cambio de significación que experimenta el concepto de *Falcidia*, el cual de aludir en época clásica a la cuarta parte de la herencia que al menos había que reservar al heredero una vez de traídos los legados pasó a constituir la cuota (también de una cuarta parte) que debería quedar reservada a los herederos ab intestato que gozaban de la consideración de parientes más próximos. Un fenómeno éste que en Occidente condujo a una marcada limitación de la libertad de testar que ha llegado hasta nuestros días. Ahora bien el cambio de significación afectó también al Derecho bizantino.⁶

Se han de destacar también como rasgos de este tardío Derecho hereditario que va formándose bajo la presión de las nuevas circunstancias sociales: a) la mejor posición jurídica de la mujer en orden a su capacidad sucesoria;⁷ b) el declive de los vínculos agnaticios, con la incidencia que ello tenía en las relaciones de dependencia de los *fili*, los cuales van a ver también reconocida una cierta capacidad sucesoria al

haberse admitido que pueden ser patrimonialmente capaces;⁸ c) la posibilidad de que algunos patrimonios pasen a las comunidades o corporaciones a las que pertenecía el causante (a la unidad militar si el causante había sido un soldado perteneciente a ella, a la corporación profesional si había sido un miembro de la misma, y sobre todo a la Iglesia o al Monasterio correspondiente si el difunto era un Obispo, un Clérigo o un Monje).⁹

Pero junto a esas notas características hay otros rasgos que cabe señalar y que nos sirven para dibujar mejor el contraste entre este Derecho tardío y el que había tenido vigencia en los tiempos clásicos. Así el relativo a la postergación de la sucesión testamentaria frente a la intestada. El progresivo empobrecimiento de amplios sectores de población puede explicar tal fenómeno. Durante la República y durante el Principado la extensión y primacía de la sucesión testada tuvo sin duda su base en las especiales condiciones económicas y sociales que conocieron aquellos períodos. Un extenso círculo de personas pertenecientes a los sectores económicamente más poderosos tuvo una fuerte inclinación a favorecer tras su muerte a las gentes de su entorno, comprendiendo entre los favorecidos no sólo a los que tenían la consideración de parientes más próximos, sino también a los que eran simplemente amigos o estaban en una posición social o política que movía a la devoción y al respeto. Los móviles podían ser diversos, desde la mencionada veneración o el deseo de vincular moralmente al beneficiado para un comportamiento futuro, hasta la mera gratitud o un mero impulso emotivo de cualquier género. En el Bajo Imperio, las condiciones sociales y económicas habían cambiado y ello influyó probablemente en esta postergación del testamento.¹⁰ Pero, además, surgió una nueva corriente que puede verse como una exigencia del ahora extendido sentir cristiano y que no es otra que la de procurar la salvación del alma disponiendo de todo el patrimonio o de parte de él. Esas disposiciones se hacían tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en favor de Dios, de Cristo, de los Ángeles, de los mártires, etc. y dejando el patrimonio a la Iglesia o a algún convento. En otras ocasiones la atribución se hacía fijando además una finalidad piadosa (rescate de cautivos, socorro de necesitados, etc.).

Por otro lado es un hecho sabido que el formalismo que aún impregna el Derecho testamentario de la época clásica decae considerablemente a partir de Constantino, tanto en lo que se refiere a la institución de heredero como a las restantes disposiciones. Se renuncia así a la exigencia de que la institución de heredero encabece el testamento y llega incluso a aceptarse que tal cláusula falte, con lo que la confusión entre testamento y codicilo se hace inevitable. También en este punto Justiniano procederá a señalar de nuevo la distinción que había caracterizado al Derecho clásico.

En cuanto a otros requisitos formales la distinción que aparece en el siglo IV, según la cual hay testamento que requiere siete testigos, forma que se dice establecida por el *ius civile*, mientras que hay otros, atribuidos al *ius praetorium*, que sólo exigen la subcripción de cinco testigos, permanecerá hasta la disposición reformadora de Teodosio II (*Novellae Theodosiani* 16 = C.6.23.21). Mucho se ha discutido a propósito de esta persistente dualidad en una época en la que la diferencia entre *ius civile* y *ius praetorium* carecía ya de sentido, no teniendo tampoco significación alguna la correlativa distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio*. Pero sin que se pueda decir que la hipótesis sea aceptada por todos los romanistas quizás la diferencia que se establece entre una y otra forma de testar guarde relación con el carácter «cerrado» o «abierto» de la declaración prestada.¹¹ En todo caso la citada constitución de Teodosio II del año 439 sienta las bases de un nuevo testamento y a esas pautas vendrá a ajustarse el Derecho justiniano.

Otro punto que merece ser destacado aquí y que antes fue simplemente esbozado es el de la distinta suerte que en Oriente y en Occidente corrió una concepción que había sido básica en la herencia del Derecho clásico. En éste, como es sabido, la herencia fue concebida como un *succedere in universum ius defuncti*, lo que significaba que se pensaba en un conjunto patrimonial unitario por encima y con independencia de los bienes concretos que lo compusieran. En Occidente, al desmoronarse las estructuras básicas del Derecho hereditario clásico se fue esfumando también la idea de la sucesión universal para dar paso a la imagen de una sucesión en derechos o bienes individualizados. Por el contrario en Oriente se mantuvo una mayor fidelidad a la concepción clási-

ca y se insistió por tanto en la visión de la herencia como un fenómeno de continuidad en la titularidad jurídica de un unitario conjunto patrimonial.

1.2.—Posición concreta de Justiniano en materia de testamento

Si nos atenemos al específico campo de las formas testamentarias conviene añadir, a lo que ya antes ha sido señalado, cuál fue la actitud del derecho postclásico pues es ésta, junto con las tendencias clasicistas, la que explica la posición de Justiniano.

El contraste entre el Derecho clásico y el que empieza a observarse a partir ya de Constantino es evidente. Este emperador decide abolir las formas solemnes permitiendo testar tanto oralmente como por escrito siempre que se hiciera ante testigos. Con ello dejó de ser exigido el rito *per aes et libram* y las formas de la *nuncupatio* del testamento civil,¹² lo cual trajo consigo que el testamento civil se acercase al testamento pretorio de tal manera que la diferencia entre ambos venía a quedar reducida a que en uno se necesitaban cinco testigos mientras que en el otro hacían falta siete¹³

Lo lógico hubiera sido eliminar la exigencia de los siete testigos, pero se mantuvo en la práctica la duplicidad como lo demuestra el hecho de que las constituciones imperiales posteriores a Constantino sigan refiriéndose el testamento civil y al testamento pretorio.¹⁴

Una constitución de Arcadio y Honorio del 396 (*CTh.4.4.3*) parece haber dejado en libertad al testador para adjetivar el testamento como quiera con independencia de los testigos que intervengan en el acto. En todo caso el número de éstos exigido es el de cinco sin que se requiera que tengan noticia del contenido del testamento aunque sí deban saber que su comparecencia es a efectos testamentarios. En el 424 Teodosio II¹⁵ decide que los testigos han de estar presentes cuando el testamento se redacta teniendo que quedar cumplido el acto en el plazo máximo de un día; con lo que la pretensión de mantener en secreto el contenido de la voluntad testamentaria queda notablemente obstaculizada.

Los testamentos a que aluden esas constituciones son sin duda testamentos escritos pero ello no contradice la persistencia en época post-

clásica de los testamentos orales. Con el nombre usual de *nuncupationes* siguen siendo mencionados en disposiciones contenidas en el Código Teodosiano, en constituciones post-teodosianas y en la propia *interpretatio*.¹⁶

Pero la legislación de Teodosio II en materia de testamentos no se agotó con la referida constitución de 424. En una nueva disposición promulgada en el año 439 (*Novella XVI*) rectifica el Derecho anterior desde el momento en que permite que pueda ser presentado ante los testigos un documento cerrado siempre que se indique que en él se contiene el testamento. En tal supuesto los testigos, que han de ser siete (u ocho si el testador es analfabeto) han de firmar y sellar el documento.¹⁷ Por otro lado el testamento oral requiere la presencia de siete testigos (*Nov. Valent. XXI 2*).

Además, en época postclásica aparece un testamento público que presenta dos modalidades: *apud acta* y *principi oblatum*. El otorgado *apud acta* supone una declaración ante un juez público, mientras que el *testamentum principi oblatum* necesita la presentación al emperador del escrito en que se contiene la última voluntad, documento que tras cumplida esa formalidad pasa a ser archivado entre los fondos a cargo del *magister libellorum*. Esta última forma de testamento público fue introducida por una constitución de Arcadio y Honorio y Teodosio del año 413.¹⁸ En cuanto al *testamentum apud acta* no sabemos cuándo fue aceptado, pero sí que estaba en vigor cuando la referida constitución del 413 fue promulgada, pues en el texto de ella se lo da por existente.

Sobre los precedentes reseñados Justiniano construyó su propio derecho testamentario mostrando una clara voluntad de aceptar en líneas generales esa tradición inmediata. Nada innova en materia de testamentos públicos y tampoco introduce modificación alguna en lo que atañe al testamento oral. Sin embargo, no acepta el testamento ológrafo que Valentiniano III había introducido en Occidente.¹⁹

En el testamento privado escrito las precisiones introducidas fueron las siguientes.

En lo que se refiere a la requerida unidad de acto en el otorgamiento ante testigos se alejó de una interpretación rígida permitiendo que

podría haber algún intervalo entre un trámite y otro de los que componen la serie que conduce a la culminación del negocio. Por ejemplo, sería tenida como irrelevante una moderada interrupción de las actuaciones tras la *subscriptio* del testador y antes de que pusieran sus sellos los testigos. Es lo que determina en una constitución del 530 (C.6.23.28). Por otra parte, y tal como las propias Instituciones justinianas recuerdan (I.2.10.6), al igual que en la época clásica continuaron siendo incapaces para actuar como testigos las mujeres, los impúberes, los sordos, los mudos, los esclavos, los que sufren de enajenación mental, los que por pródigos tienen vedada la administración de sus bienes y los que por ley son *improbi et intestabili*. En cuanto a la distinción entre testamentos ológrafos y alógrafos, Justiniano, que no aceptó la forma de testamento ológrafo reconocido en Occidente y a la que antes aludimos, sí dispuso que cuando el documento estuviera escrito por la propia mano del testador no hiciera falta la *subscriptio* de éste (C.6.23.28.1). De estar escrito por otro sería por el contrario necesario no sólo esa *subscriptio*, sino también que el testador escribiera por sí mismo el nombre del heredero y la cuota hereditaria que pudiera corresponderle y, en el caso de que no supiera escribir o no pudiera hacerlo, un octavo testigo tendría que realizar ese cometido (C.6.23.29; I.2.10.4).

En las Instituciones justinianas (I.2.10.3) se da al testamento privado el nombre de *tripertitum* exponiéndose que la razón de tal calificación estriba en que entran en él tres ingredientes procedentes de épocas pasadas: el *ius civile* (del cual se deriva la exigencia de que intervengan testigos), el edicto del pretor (que impuso el número de testigos y los sellos) y las constituciones imperiales (que determinaron la necesidad de las *subscriptions* respecto de testador y testigos).

Esta breve caracterización del Derecho justiniano quedaría incompleta si no fuera también aludida una cuestión que si bien a primera vista parece que no atañe a la esencia del Derecho testamentario de la época no es en realidad tan ajena a él. Se trata de la materialidad de las normas que afectan a esa rama del ordenamiento, normas que, como es sabido, tienen una variada procedencia pero que, en todo caso, se sitúan en determinados lugares de la gran compilación. Veamos pues la localización de estas normas.

Lo primero que se comprueba tras la consulta del *Corpus iuris* es que las normas que se refieren propiamente el testamento como acto dispositivo —y no a cláusulas particulares como puedan ser legados, fideicomisos o manumisiones o designaciones de tutor hechas por vía testamentaria— se contienen en las Instituciones y en el Código (*I.2. 10: De testamentis ordinandis; C.6.23: De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur*). Desde luego el Digesto no ignora el derecho testamentario,²⁰ y hasta se ocupa (*D.28.1*) de requisitos que no deben faltar para el otorgamiento de un testamento válido, pero se comprende que, habiendo sufrido las formas testamentarias tan notables cambios en el período postclásico, las obras de los juristas del Principado fueran en este punto inaplicables en gran medida y que la selección de los correspondientes fragmentos se llevase a cabo desechando aquellas disquisiciones que tenían en cuenta la forma del testamento clásico.

En los sectores básicos aludidos —Instituciones y Código— es donde se presenta abiertamente la concepción justiniana del testamento, pero ha de tenerse presente la desigual fisonomía que ambas fuentes presentan. Refirámonos pues separadamente a una y a otra.

INSTITUCIONES

En el aludido título *De testamentis ordinandis* está desde luego, como en otras muchas partes de la obra, la huella dejada por las Instituciones gyanas, pero hay que reconocer también que no hubo, ni podía haberla, una total transcripción del modelo clásico. El título contiene una introducción donde viene a explicarse el significado de la palabra *testamentum* (pr.: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*) para exponer acto seguido una breve historia (§§-4) de las formas testamentarias desde los tiempos más remotos hasta la propia época de Justiniano. Los párrafos siguientes (§§-11) plantean desde diversos ángulos el problema de quiénes pueden ser testigos idóneos, dedicándose los últimos (§§-14) a la no exigibilidad de una materia especial como base de escritura, a la posibilidad de que se redacten varias copias y a la validez del testamento oral.

No hay que olvidar sin embargo que el Derecho testamentario ocupa en las Instituciones justinianas una zona más extensa que la repre-

sentada por ese título *De testamentis ordinandis*. Tras él aparecen, como es sabido, otros quince²¹ que se remiten directamente al Derecho de los testamentos o que guardan relación con este sector del Derecho hereditario. Pero el título *De testamentis ordinandis* es el que sirve de introducción y base y el que por su contenido, y a los fines del presente trabajo, ofrece una primordial importancia.

CÓDIGO

El Derecho testamentario, en su más amplio sentido, viene a concentrarse en el libro VI pues es allí donde a partir del título 21 (*De testamento militis*) y hasta el título 54 (*Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debet*) se atiende a las diversas cuestiones que plantean los testamentos. No se enfocan por lo tanto solamente problemas de forma en cuanto al otorgamiento, sino también los relativos a la capacidad de testar, a la institución de heredero, a las sustituciones y desheredaciones, a la adquisición de la herencia deferida testamentariamente, a la apertura de testamentos, a las disposiciones singulares contenidas en estos (legados y fideicomisos), etc. Pero, como en las Instituciones, de ese conjunto de títulos el que a los fines del presente trabajo nos interesa preferentemente es el aludido título 23 (*De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur*).

El título contenía treinta y dos constituciones pero hoy sólo podemos leer treinta y una pues la última, la que debería llevar el número 32, no la han conservado los manuscritos a nuestra disposición.²² De las restantes la más antigua viene atribuida a Adriano y a ella siguen dos de Alejandro, una de Gordiano, una de Valeriano y Galieno, nueve de Diocleciano y Maximiano, una de Constancio,²³ una de Graciano, Valentiniano II y Teodosio, dos de Arcadio y Honorio, dos de Honorio y Teodosio II, una de Teodosio II y Valentiniano III, una de Zenón y una de Justino. A continuación están las que proceden del propio Justiniano, y que son las comprendidas entre la 24 y la 31, las cuales abarcan un período que va del año 528 al 534. Además de la distinción que puede hacerse entre constituciones prejustinianas y constituciones justinianas, respecto de las primeras cabe también distinguir entre aque-

llas que eran rescriptos, es decir, decisiones provocadas por consultas hechas por los particulares a la cancillería imperial, teniendo este carácter las catorce primeras del título, y aquellas otras que iban dirigidas al pueblo en general o a altos dignatarios imperiales (constituciones 15 a 23). Los diferentes orígenes y pretensiones de las disposiciones que contiene el título no impiden sin embargo que éste sea considerado en su conjunto como derecho justiniano pues Justiniano, al seleccionar para su Código constituciones de emperadores anteriores, vino a expresar su voluntad de que las normas que éstas contenían continuaran rigiendo en su tiempo; y aunque los rescriptos reflejaban aún el casuismo característico de esta clase de decisiones, también es cierto que de ellos se desprendían las exigencias que pesaban sobre quien quería otorgar un testamento válido permitiendo distinguir qué defectos de forma eran irrelevantes y cuáles no.²⁴ En cuanto a las constituciones que no son rescriptos (las aludidas 15 a 23) son de destacar la 15, la 19 y la 21, en razón a que en ellas se aceptan disposiciones importantes en orden a la confección de testamentos (en la const. 15 se aceptaba la eliminación de toda solemnidad en la institución de heredero; en la 19 quedaba consagrado el testamento público conocido con el nombre de *testamentum principi oblatum*, y en la 21 se recogía la regulación referente a algunos tipos²⁵ de testamento). En sus propias constituciones Justiniano se limitó, en aras de la seguridad jurídica, a determinar con mayor precisión algunos puntos no suficientemente aclarados por el Derecho anterior (apertura oficial de testamentos, eliminación de cualquier formalidad —excepto la necesaria presencia de los siete testigos— en el testamento nuncupativo, revocación, *unitas actus*, exigencia de firmas de testigos y testador, intervención expresa de este mediante propia escritura o declaración oral en la designación de heredero, testamentos otorgados en ambientes rústicos) y por lo tanto sus disposiciones no tienen un carácter fuertemente innovador.

2.—EL DERECHO ROMANO TESTAMENTARIO EN LAS PARTIDAS

1.—Las Partidas: su Derecho Testamentario

Las Partidas constituyen uno de los grandes cauces por donde penetra el Derecho Romano justiniano en la España medieval, pero no sería exacto considerar a la obra legislativa del rey castellano Alfonso X como una traducción al romance del *Corpus iuris*. El Derecho contenido en la gran compilación de Justiniano influyó sin duda ninguna de modo muy notable en la obra castellana, pero ni fue recibido sin más, ni constituyó el único elemento que sirvió de base para esta colección jurídica. En lo que se refiere al Derecho testamentario el examen comparativo entre la regulación que contiene el *Corpus iuris* y la que fijaron las Partidas permite ver cómo y en qué medida aquella legislación del siglo VI revivió en la Castilla de la Baja Edad Media.

En el Código alfonsino es la sexta Partida la dedicada al Derecho sucesorio. Al frente de ella, y a modo de introducción, se justifica el tratamiento de esta rama del Derecho y se expone a grandes rasgos cuáles son los temas que se van a tratar.

Sesudamente dixieron los sabios antiguos que pasan su tiempo aquellos que mientras viven facen bien su hacienda, tomando guarda en las posturas et en los pleytos que ponen unos con otros: et mucho más mayormiente tovieron que habien grant seso los que á su finamiento sabien ordenar et poner lo suyo en tal recabdo de que ellos rescebiesen placer et feciesen pro de sus almas, et fincando despues de su muerte lo suyo sin dubda et sin contienda á sus herederos. Onde pues que en la quinta Partida deste libro fablamos de todas las posturas, et pleytos et convenencias que los homes facen entre sí en su vida, queremos aqui decir de los testamentos que facen á su fin, porque esto es encerramiento de su fecho: et desi diremos de las herencias que los otros heredan dellos despues que mueren, tan bien por testamento como por manda ó por otra manera qualquier. Et otrosi mostraremos de cómo los huérfanos, et los niños chiquiellos et sus cosas deben seer guardadas et puestas en recabdo despues de muerte de sus padres, et de todas las otras cosas que pertenescen á estas razones.

En su conjunto la Sexta Partida tiene 19 títulos pero, si descontamos los que aparecen dedicados a la «guarda de los huérfanos» —inspirados en la *tutela impuberum* del Derecho romano —que son los cuatro últimos (16 a 19)— son sólo 15 los consagrados al Derecho hereditario. Si se piensa en lo que había ocurrido en el Derecho vulgar de Occidente y en la huella que éste deja en la Alta Edad Media no deja de sorprender la atención que en esos quince títulos se presta al Derecho testamentario pues son doce los que se ocupan de esta rama del derecho sucesorio y solamente tres (el 13, el 14 y el 15) los dedicados a la sucesión abintestato, o conjuntamente a ésta y a la sucesión por testamento.²⁶

El título que requiere un interés más acusado en razón al trabajo presente es, desde luego, el título I (*Que cosa es testamento*) ya que en él se habla de la noción misma de testamento y de las solemnidades que son precisas para un otorgamiento válido. He aquí las materias o puntos que, según el sumario que antecede al título, iban a ser desarrolladas a continuación:

Testamento es una de las cosas del mundo en que mas bien deben los homes haber cordura quando lo facen, et esto es por dos razones: la una porque en ellos muestran cuál es la su postrimera voluntat, et la otra porque despues que los han fecho, si se mueren, non pueden otra vez tornar á endereszarlos nin á facerlos de cabo. Onde pues que en el comienzo desta Partida fecimos emiente dellos, queremos decir en este título de la guarda que deben haber los homes quando los quisieren facer: et mostrar qué quiere decir testamento: et á qué tiene pro: et cuántas maneras son dél: et cómo debe seer fecho: et cuáles non pueden seer testigos en él: et quién lo puede facer et cuándo: et por qué razones se puede desatar: et qué pena deben haber los que embargan á otros que lo non fagan.

En la ley 1, y dejando a un lado la inicial cuestión de la procedencia de la palabra testamento²⁷ así como aquellas frases o expresiones con las que se pretende destacar la importancia de este acto de última voluntad, hay puntos que merecen ser destacados. El primero se refiere a la mención explícita de la institución de heredero («...estableciendo en él su heredero...»). El segundo a la clasificación que se expone de las formas que existen para otorgar un testamento ordinario: el *testamentum nuncupativum* y el *testamentum in scriptis*, una dualidad de

formas que, es preciso reconocerlo, no queda trazada con suficiente claridad.

Si nos atenemos a la letra de la ley, testamento nuncupativo «quiere tanto dezir como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze, por palabra o por escripto, a quales establese por sus herederos e como ordena e departe las otras sus cosas». El otro, el *testamentum in scriptis*, es «como manda que se faze por escripto, e non de otra guisa». De lo que podría deducirse que la diferencia entre ambas formas testamentarias estribaría en que el testamento *in scriptis* no necesitaría los siete testigos ni la institución de heredero. Sin embargo, a esta interpretación se opone, en cuanto a la necesidad de los testigos, lo que la misma ley dice a continuación, y, en cuanto a la institución de heredero, el título III de esta misma Partida Sexta no deja lugar a duda sobre el carácter esencial de esta cláusula en cualquier tipo de testamento.²⁸

La diferencia pues, no puede establecerse sobre esa base. Pero también sería absurdo pensar que la separación entre ambas formas se redujera a la imposibilidad de que el testamento *in scriptis* se hiciera oralmente, pues en tal caso no parece comprensible la coexistencia de este testamento con el nuncupativo «que se faze por escripto».

No se ve otra explicación que la de aceptar que cuando un testamento nuncupativo constaba por escrito es que había habido una previa declaración oral del testador sobre el contenido de su última voluntad o que en el mismo momento de la redacción del escrito hacía pública verbalmente ante los testigos tal declaración. Esta parece ser en efecto la única explicación posible si hemos de desechar la absurda modalidad de un testamento al que se le da el nombre de nuncupativo pero en el que la voluntad del testador aparece solamente por escrito, una falta de lógica que se acrecienta además con la presencia de la otra posible forma testamentaria, la del testamento *in scriptis*, con la que vendría a coincidir.

Aunque ésta parece la única interpretación, cabría también enfocar el problema desde otro punto de vista, esto es, sentando la hipótesis de que el texto de esta ley 1 ha sufrido una torpe manipulación consistente

en el añadido de las palabras «o por escripto» en la frase que trataba del testamento nuncupativo.²⁹ Pero la Academia de la Historia, en la edición de las Partidas que realizó en 1907, no registra la existencia de manuscritos donde esas palabras fueran omitidas, y, por otro lado, tampoco puede sorprender demasiado que en el momento de redactarse esa ley 1 se quisiera hacer de pasada una mención a la posibilidad de que la voluntad expresada oralmente constara además en un documento escrito.

Conviene también destacar que las exigencias que se señalan en la segunda parte de esta ley (a partir de la expresión «E tal testamento como este...») se supone que van solamente referidas al testamento *in scriptis*. Estas exigencias afectan en primer término a la cualidad de los testigos (no se admiten esclavos, mujeres, menores de catorce años ni nombres «mal enfamados»).³⁰ Estos, que han de ser siete lo mismo que en el testamento nuncupativo, han de cumplir en el acto las diligencias que se señalan, es decir, han de escribir sus nombres al fin del testamento y poner sus correspondientes sellos «con cuerdas pendientes». ³¹ Ha de cumplirse además el requisito de que el propio testador añada al final su nombre con la indicación de la naturaleza del escrito («Yo, Fulano otorgo que fize este testamento en la manera que es escrito en esta carta»), aunque se admita, para el caso de que no pudiese o no supiese escribir, que lo hiciese otro «por mandato dél».

De todas maneras, y aunque es claro el reconocimiento de las dos formas testamentarias, la oral y la escrita, las Partidas parecen sentir una mayor inclinación hacia la última pues el testamento nuncupativo, tras haber sido mencionado en la ley 1.^a, no vuelve a ser objeto de especial alusión en el resto del título o en cualquiera de las leyes que integran la Partida Sexta. La forma testamentaria que parece estar presente en la amplia regulación que contiene esta Partida es la correspondiente al testamento *in scriptis*. También es esta forma la que se tiene en cuenta en los modelos de escrituras que pueden leerse en el título 18 de la Partida Tercera. En la ley 103 (*Como deven fazer la carta del testamento*) el modelo correspondiente no muestra variante especial para el supuesto de que el testador quisiese expresarse de palabra aunque aceptase también una redacción escrita de lo dicho. Las instrucciones que se

contienen se refieren a la expresión de disposiciones o cláusulas reputadas como esenciales o importantes (institución de heredero, desheredaciones, nombramiento de tutor para hijos menores, etc.) y también a diligencias que no deben descuidarse, como por ejemplo, la declaración del testador «a la fin del testamento»:

«...yo Estevan Fernandez, el sobredicho, quiero e mando que este mi testamento e esta mi postrimera voluntad sea valedera por siempre jamás. E otorgo e quiero que todo testamento, o manda, que oviesse yo fecho ante que éste que sea cancelado e non vala: fueras ende si en él fiziesse señaladamente mención de este testamento diciendo que lo revocava todo, o alguna partida dél.»

O la indicación hecha por el escribano de:

«...en qué lugar fue fecho el testamento e ante quáles testigos: e el dia e el mes e la era.»

Pero, como queda indicado, no hay instrucciones especiales para el supuesto de que el escribano estuviera presente en un testamento nuncupativo, como sí las hay por el contrario para el caso de que el testador deseara mantener en secreto su última voluntad.

Después de exponer en la ley 1.^a las dos referidas formas de testamento, y habida cuenta de la variante que representa, dentro del testamento *in scriptis*, el testamento cuyo contenido no conocen los testigos³² y a la que la ley 2 se refiere expresamente,³³ el resto del título aborda problemas variados pero entre ellos hay puntualizaciones sobre el tema que aquí nos interesa.

En efecto, las dos primeras leyes tratan de las formas esenciales que ha de revestir un testamento ordinario, es decir, subrayan la necesidad de que el testador haga la declaración ante siete testigos y cómo han de figurar los testimonios de éstos en el escrito que se redacte si es que se sigue la modalidad del testamento *in scriptis*. Pero lo mismo que había ocurrido en el Derecho romano, el cumplimiento de unas formas esenciales no eliminaba los resquicios por donde pudiera penetrar una impugnación basada en defectos formales. No puede extrañarnos así que algunas leyes de las Partidas, siguiendo los pasos del Derecho romano justinianeo, apunten a una clarificación de las causas de impug-

nación por incumplimiento de las formalidades necesarias. Dejando ahora fuera de nuestra atención las normas que se refieren a la idoneidad de los testigos (no hay duda de que un testamento sería formalmente defectuoso, y por tanto inválido, si, por ejemplo, se probase luego que entre los testigos había una mujer) fijémonos en dos leyes, la 3 y la 12, que parecen redactadas para cerrar el paso a alegaciones de nulidad por defecto de forma.

La ley 3 se refiere a la *unitas actus* en el otorgamiento:

Comunalmente deben guardar como por regla los homes que quieren facer sus testamentos, que pues que los han comenzado ante los testigos, non metan entremedias otros fechos extraños fasta que los hayan acabados, fueras ende si lo hobiesen á facer por cosa que non podiesen excusar, asi como si el dolor de la enfermedad los acuitase á aquella sazón, ó si hobiesen grant meester de comer, ó de beber ó de facer otra cosa que naturalmente non se podiesen della desviar; ca por qualquier destas razones bien podrie el facedor del testamento partir mano de lo que habie comenzado fasta que aquel embargo pasase, et desi tornar á acabarlo.

Como puede observar quien haya leído previamente la constitución de Justiniano que ya fue antes mencionada (C.6.23.28), el texto castellano está dentro de la misma línea que la disposición justiniana, aunque se muestre más parco en el detalle.³⁴ En ambos casos de lo que se trata es de impedir que prosperen impugnaciones basadas en cualquier interrupción del acto testamentario por leve que ésta fuera.

La ley 12 elimina también objeciones que pudieran producirse como consecuencia de haberse realizado la escritura del testamento en materiales supuestamente inadecuados.

En pergamino de cuero ó de papel, ó en tablas, quier sean de cera ó de otra manera ó en otra cosa en que se pueda facer escriptura et parescer, puede seer escripto el testamento. Et aun decimos que de un testamento puede home facer muchas cartas de un tenor, et destas cartas puede el testador levar la una consigo, et las otras puede poner en algunt logar seguro, asi como en sacristania de alguna iglesia, ó en guarda de algunt su amigo. Et estas cartas deben seer fechas en una manera, et seelladas de unos mesmos seelos, et de tantos la una como la otra, de guisa que acuerden las unas con las otras; pero si alguna dellas fuese menguada non empeserie á las otras que fuesen complidas.

También aquí el precedente es claro. Justiniano en sus Instituciones ya había establecido (I.2.10.12) que la materia empleada podía ser cualquiera:

Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in chartis membranisque vel in alia materia fiat.

Lo que por otra parte, no dejaba de ser congruente con el papel secundario que en virtud del tradicionalismo romano aún tenía la escritura en el Derecho justiniano hasta el punto de que destruida ésta (y salvo en aquellos casos en que quien destruyese fuera el propio testador) si la declaración testamentaria podía ser conocida por otros medios no dejaría de operar sus efectos. Justiniano así lo había aceptado al acoger la constitución de Alejandro del 226 y la de Diocleciano y Maximiano del 293 en su Código (C.6.23.2 y 10).

La conclusión que cabe pues extraer de las leyes de las Partidas hasta aquí contempladas es que el Derecho romano justiniano fue tenido muy en cuenta para llegar a su redacción.

El influjo de este Derecho puede percibirse también en otras áreas próximas a ésta; así ocurre con los TESTAMENTOS ESPECIALES que serán estudiados en el apartado siguiente.

2.2.—Testamentos especiales en Las Partidas

Además del testamento normal, en el que es necesaria la presencia de siete testigos, llamados por el testador, mayores de catorce años, que no sean siervos suyos, excluyendo también a las mujeres y a los que han caído en infamia, existen otros testamentos especiales, para los que se establece una forma distinta de la ordinaria y cuyos requisitos se agravan o se aligeran con arreglo a las circunstancias que concurren en ellos.

La ley 4, en el mismo título I de la Partida Sexta, se refiere a cómo pueden hacer testamento los caballeros:

Queriendo facer testamento algunt caballero, si lo feciese en su casa ó en otro logar que non sea en hueste, débelo facer en la manera que los otros homes, así como dice en la ley ante desta: mas si lo hobiese de facer en hueste, entonces abonda que lo faga ante dos testigos llamados et rogados para esto. Et

si por aventura seyendo en la hacienda et veyendose en peligro de muerte quisiere á aquella sazón facer su testamento, decimos que lo puede facer como quisiere et como podiere, por palabra et por escripto, et aun con la su sangre mesma, escribiéndolo en su escudo ó en alguna de sus armas, ó señalándolo por letras en tierra, ó en arena; ca en qualquier destas maneras que lo él faga et pueda seer probado por dos homes bonos que se acertasen hi, vale tal testamento. Et esto fue otorgado por previllejo á los caballeros por les facer honra et mejoría mas que á los otros homes, por el grant peligro á que se meten por servir á Dios, et al rey et á la tierra en que viven.

Parece ser este testamento una derivación del *Testamentum militis*, testamento permitido a los militares, en el que se aplica un régimen de amplia libertad en contraposición a todas las formalidades que regían en la sucesión testamentaria ordinaria.

En cuanto a la forma, se implanta una amplísima libertad formal, permitiéndoles testar de cualquier modo, con tal que resultase que habían querido expresar su última voluntad.

La libertad de testar, con las expresadas características, se limitaba sólo a los militares que no estuviesen en su residencia habitual por hallarse en guerra.

Aquí vemos un precedente claro en las Instituciones de Justiniano;⁴³ dicho Emperador, restringió la amplísima libertad de testar que tenían todos los militares, durante el Principado, limitándola aquellos que no estuviesen en su residencia habitual, sino «*in expeditionibus occupati*». Si el testador era licenciado, la validez del testamento militar, duraba sólo un año a partir de la fecha del licenciamiento, y si éste habíase fundado en motivos deshonorosos, la ineficacia del testamento militar coincidía con la del licenciamiento.

El testamento, hecho con arreglo a la forma ordinaria de una persona civil, si después se hacía militar, puede, por voluntad del testador, convertirse en testamento militar.

La ley 5 se refiere al testamento especial de aquellos que, sin tener capacidad, el Rey les otorga poder para hacerlo, así como de la validez del testamento del que es testigo el Rey.

Por derecho et por ley es defendido á algunos homes que non puedan facer testamento, et acaesce á las vegadas que los emperadores ó los reyes por les facer bien et merced que les otorgan poderio de lo facer: et en tal caso como este decimos, que este á quien es otorgado debe facer su testamento en la manera que lo facen los otros homes. Otrosi decimos que si algunt home honrado pidiese merced al rey que estodiese delante cuando él ficiese su testamento vale, maguer non sea hi escripto otro testigo si non el rey tan solamente.

La especialidad de este testamento radica que, como privilegio del Rey, su permiso suple la falta de capacidad que tiene el incapaz para testar, rebajando también el número de testigos a uno si éste testigo es el Rey que ha accedido a serlo.

Aquí se nota una reminiscencia clara del *Testamentum Principi oblatum*, introducido por una Constitución de Honorio y Teodosio y que Justiniano recogió en su Código.⁴⁴

El testador presenta al Príncipe, cuando está en el *Auditorium*, su testamento escrito que después es confiado al *Magister Libellorum* a fin de que lo conserve en su archivo.

La Ley 6, trata de la forma en que pueden testar los aldeanos:

Aldeano alguno queriendo facer su testamento en escripto, si en aquel lugar de él morase non podiere haber siete testigos que sepan escrebir, puede facer su testamento delante cinco testigos que sean llamados et rogados para esto, et que se escriban sus nombres en la carta del testamento; et si por aventura todos cinco non sopiesen escrebir, puédelo escribir el uno dellos, el que los sopiese facer por sí et por los otros. Pero tal testamento como este que se face ante testigos que non son todos letrados, non deben seer fechos en poridat, ante lo deben facer leer paladinamente ante los testigos que se acertaren hi, porque non pueda seer fecho en él ningunt engaño.

En esta Ley, se aprecia una influencia notoria del *testamentum ruri conditum*, regulado por una Constitución de Justiniano del 534 C 6, 23, 31.⁴⁵

Se reduce la intervención de siete testigos, posiblemente porque en el campo no haya facilidad de encontrarlos, bastando sólo cinco. Cuando el testamento es redactado por escrito, los testigos que sepan escribir tienen que firmar por los que no saben, pero éstos deben conocer la voluntad del testador.

En la Ley 7 se nos describe la validéz del testamento hecho por el padre para sus hijos aunque no esté confeccionado de acuerdo a la regla general:

Acabado testamento es aquel que es fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, et si de otra guisa lo feciesen non serie valedero. Pero si el padre ficiese testamento en que estableciese por herederos los fijos et los nietos que descendiesen dél ó partiese lo suyo entrellos, maguer en tal testamento non fuesen escriptos mas de dos testigos, valdrie bien asi como si fuese fecho acabadamente ante siete testigos que posiesen hi sus sellos. Eso mesmo serie quando desta manera el padre ó el abuelo partiese ó ordenase lo suyo por palabra tan solamiente entre sus fijos et sus nietos, faciéndolo ante dos testigos rogados et llamados para esto. Otrosi decimos que si en tal testamento como este fuese ayuntada otra persona extraña á quien heredase el padre en uno con sus fijos, que quanto tañe en la persona del extraño non valdrie el testamento, como quier que en todas las otras cosas que fuesen hi escriptas ó dichas serie valedero. Et aun decimos que si el padre quisiese facer testamento en escripto non guardando todas las cosas que diximos que deben hi seer guardadas, poderlo hie facer en dos maneras. La primera es que despues quel testamento sea escripto, debe sobrescribir el padre diciendo asi: este testamento que fice quiero que sea guardado: otrosi deben decir et sobrescribir los fijos; este testamento que fizo nuestro padre otorgámoslo. La segunda manera es que si el padre sopiere escrebir que lo pueda facer de su mano, diciendo en él los nombres de todos sus fijos et todo su testamento en qué manera lo face, et como lo ordena, et sobre todo debe asi escrebir; todo quanto en este testamento escrebi quiero que sea guardado. Et en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede mandar el padre algo á cimos que si el padre quisiese facer testamento en escripto non guardando todas las cosas que diximos que deben hi seer guardadas, poderlo hie facer en dos maneras. La primera es que despues quel testamento sea escripto, debe sobrescribir el padre diciendo asi: este testamento que fice quiero que sea guardado: otrosi deben decir et sobrescribir los fijos; este testamento que fizo nuestro padre otorgámoslo. La segunda manera es que si el padre sopiere escrebir que lo pueda facer de su mano, diciendo en él los nombres de todos sus fijos et todo su testamento en qué manera lo face, et como lo ordena, et sobre todo debe asi escrebir; todo quanto en este testamento escrebi quiero que sea guardado. Et en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede mandar el padre algo á home extraño si se quisiere, et puede franquear sus siervos; pero ha meester que quando franqueare sus siervos que tal testamento sea fecho ante dos testigos á lo mesmo rogados et llamados para esto.

Este testamento está influenciado por el *Testamentum parentis inter liberos*, reconocido en una Constitución de Constantino y que Justiniano recopiló en su Código;⁴⁶ si el padre instituye herederos a sus propios hijos, *sui* o emancipados, o descendientes llamados a heredar *ab intestato por successio in locum*, su testamento es válido aunque no se sujete a la forma ordinaria, ya sea porque le falte algo o no sea completamente respetada.

El Emperador de Oriente, acoge también en su Código una Constitución de Teodosio II y Valentiniano III del 429⁴⁷ y posteriormente en una Novela del 521 establece: destinatarios de las disposiciones testamentarias pueden ser los hijos del causante, los padres, no siendo necesaria la intervención de testigos; el testamento tiene que ser escrito y el testador debe escribir el nombre de los herederos y su cuota y la fecha. No se admiten las disposiciones a extraños, aunque permite las disposiciones singulares a favor de terceros si observan una determinada forma. El testamento puede ser revocado declarándolo ante siete testigos y redactando un nuevo testamento perfecto y solemne.⁴⁸

En la ley 14 se nos describe la forma en que puede hacer testamento el ciego:

El ciego non puede facer testamento fueras ende desta manera: debe llamar siete testigos et un escribano público, et delante dellos debe decir cómo quiere facer su testamento: et otrosi debe nombrar quales son aquellos que establece por sus herederos et qué es lo que manda, et el escribano debe escrebir todas estas cosas delante los testigos, ó si eran ante escriptas deben seer leidas ante ellos. Et despues que fueren escriptas et leidas debe decir el ciego manifestamente como aquel es su testamento, et desi cada uno de los testigos debe escrebir su nombre en aquella carta si sopiere escrebir, et sinon débelo facer escrebir á otro: et también el escribano público que escribiere la carta como los testigos deben seellar la carta con sus sellos. Et si escribano público non podieren haber, deben haber otro que lo escriba et que sea el ochavo testigo en logar del escribano: et esta guarda debe seer fecha en el testamento del ciego, porque non pueda hiseer fecho engaño.

La especialidad de este testamento, en el que se agravan los requisitos, está en que requiere además de los siete testigos, bien un notario, encargado de redactar por escrito las manifestaciones del testador, o

bien al menos un octavo testigo ante la imposibilidad de que aquél acudiera.

En sus Instituciones, Justiniano se remite a una Constitución promulgada por el Emperador Justino en el 521 (Ins. II. 12.4).

Dicha Constitución, recogida en el Código Justiniano,⁴⁹ requiere una forma particular en el caso del testamento escrito, y en ella se debió inspirar el Rey Sabio en la Ley expuesta.

Son necesarios siete testigos y un notario (a falta de éste, un octavo testigo), todos deben conocer el contenido del testamento, o que el testador lo exponga después de haberlo escrito o que presente el documento ya redactado y que lo haga leer. El documento, en uno y otro caso, debe ser firmado y sellado por los siete testigos y el notario.

En resumen, como podemos apreciar, los Testamentos especiales que Alfonso X reguló en Las Partidas, están inspiradas en el Derecho Justiniano.

NOTAS:

1. Es el caso, por ejemplo, del breve libro de VINOGRADOV, *Roman Law in Mediaeval Europe*, 2.^a ed., Oxford, 1929 (trad. italiana, 1950).
2. Cfr. J. DAZA, *Iniciación histórica al Derecho Romano*, Alicante, 1987, p. 202 ss.; *Iusta Rei Publicae Gubernatio*, Alicante, 1988, passim.
3. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht II (Die nachklassischer Entwicklungen)*, 2.^a ed., Munich, 1975, p. 523 ss.
4. Cfr. M. KASER, *o.c.*, p. 476-477.
5. Cfr. KASER, *o.c.*, págs. 549 y siguientes y 495-496.
6. Cfr. KASER, *o.c.*, págs. 514-515.
7. Cfr. KASER, *o.c.*, págs. 466. Justiniano no sólo suprimió la exigencia clásica del *ius liberorum* a efectos de que la madre pudiera suceder (C.8.58.2; Inst. 3.3.4) sino que en general procuró en el orden sucesorio la equiparación de sexos.

8. J. DAZA, *Iusta rei publicae gubernativo*, Alicante, 1988.
9. Los *bona vacantia* que antes iban siempre a parar al fisco ahora pueden ser también recibidos por los grupos referidos aunque no se considere tal adquisición como herencia (KASER, *o.c.*, pág. 510).
10. OTERO, *La mejora*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1963) pág. 24 y siguientes, señala expresamente esta crisis del testamento. «La crisis de la sucesión testada y del testamento viene confirmada por el codicilo, cuya práctica se extendió sobre todo a partir del siglo III d.C. ...En la época postclásica, precisamente en el momento de su gran difusión, existe una cierta confusión entre testamento y codicilo que nos parece sumamente reveladora. La confusión indica la sustitución del testamento por el codicilo y también la desaparición de la práctica de testar. El aumento del codicilo parece correlativo a la desaparición paulatina del testamento al que llegó a sustituir. Todo esto quiere decir que normalmente se seguía la sucesión legítima, que llegó a prevalecer definitivamente, a la cual sólo se quería corregir en parte por medio del frecuente codicilo. Sólo se harían modificaciones del régimen ab intestato para hacer encargos de confianza... y sobre todo legados, es decir, para donar. De aquí, y como consecuencia de la confusión entre testamento y codicilo, se pasó a llamar al testamento *donatio*, porque *donatio* era lo substancial. Esta sería pues la razón por la cual *donatio* equivale a testamento en el Derecho euriciano». Por otra parte, el enfoque vulgar, una vez que se borra la significación de la *heredis institutio*, partió de la idea de que todas las donaciones podían ser clasificadas en dos grupos: el de las revocables (incluyéndose aquí las donaciones *mortis causa*, el testamento y el codicilo) y el de las irrevocables, es decir, el de aquellas cuya efectividad ha experimentado ya irreversiblemente el donatario. Sobre este enfoque versa el trabajo de SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, en *Anuario* citado, 38 1968, págs. 87 y siguientes.
11. Esta es la posición de D'ORS, tal como es expuesta en su *Derecho privado romano*, 4.^a ed. Pamplona 1981, pág. 338. V. también del mismo autor, *El «Testamentum Porcelli» y su interés para la Historia jurídica* en *Revue internationale des Droits de l'Antiquité*, 1955, pág. 219. La opinión de D'ORS es compartida por SAMPER POLO, tal como puede verse en el escrito de éste antes citado. El Derecho romano vulgar de Occidente pudo haber reconocido por tanto cuatro formas testamentarias: 1) el considerado como testamento de *ius civile* otorgado ante cinco testigos (= «abierto»), 2) el considerado como testamento del *ius praetorium*, para el que se requiere la firma de siete testigos (= «cerrado»), 3) el testamento oral (*nuncupatio*) y 4) el testamento *holographum*, escrito de propia mano y que no requiere testigos.
12. Eusebio de Cesarea que vivió entre el 260 y el 340, en su biografía —o más bien panegírico— del emperador Constantino, da la noticia de la abolición de las formas aunque no dé más detalles (*Vita Constantini* IV 26, texto que puede verse en HAENEL, *Corpus Legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt*, Lipsiae 1857: reimpresso en Aalen 1965, 206); pero la información aparece confirmada por una constitución de Constancio (C.6.23.15) en la que tras suprimir la necesidad de formalidades para la *heredis institutio* da a entender que otras viejas formas ya no rigen (*ademptis his, quorum imaginarius usus est*), u por otra de Arcadio y Honorio en la que aluden a una precedente de Constantino (CTh. 4.4.3.2.) sobre testamentos que pudo ser la mencionada por Eusebio de Cesarea.

13. De ese acercamiento fue consciente el propio Justiniano como lo prueba el pasaje que a propósito precisamente de formas testamentarias se puede leer en sus Instituciones: *paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi* (1.2.10.3).
14. Así por ejemplo en la constitución de Teodosio II del año 424 (CTh. 4.4.7.2): *In omni autem genera testamenti, sive in praetorio iure sive civili consistat... id volumus observari...* En el propio San Isidoro de Sevilla, dos siglos después, todavía resuena la vieja distinción (V.24.5.6). Pueden verse más referencias en VOCl, *Diritto ereditario romano* II, *Parte speciale*, 2.^a ed., Milán 1963, pág. 76, nota 52.
15. Se trata de la constitución antes citada, recogida en el Código Teodosiano (CTh. 4.4.7.2.). El texto no es fácil de interpretar ya que plantea problemas de no fácil solución. Uno de ellos es el de que se siga hablando de testamentos de cinco y de siete testigos tras la referida constitución de Arcadio y de Honorio de 396. Sobre otros aspectos problemáticos trata VOCl, *Diritto ereditario* citado, págs 77-78.
16. Los textos correspondientes pueden verse reseñados en VOCl. *Diritto ereditario* citado, pág. 78, nota 60.
17. Esta constitución, promulgada en Oriente en el 439, fue extendida a Occidente nueve años más tarde bajo el gobierno de Valentiano III (*Nov. Valent. XXVI*). Pero antes, en el 446, este mismo emperador había introducido en Occidente en el testamento ológrafo en el que los testigos no son necesarios (*Nov. Valent. XXI, 2*), forma testamentaria que nunca logró alcanzar vigencia en Oriente.
18. Incluida por Justiniano en su Código (C.6.23.19).
19. *Nov. Valent. XXI, 2*.
20. Recuértese que todo el libro 28 está dedicado a cuestiones testamentarias incluyendo ocho títulos cuyas rúbricas son: I, *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*; II, *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*; III, *De iniusto rupto irrito facto testamento*; IV, *De his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur*; V, *De heredibus instituendis*; VI, *De vulgari et pupillari substitutione*; VII, *De condicionibus institutionum*; VIII, *De iure deliberandi*. Y que estos temas testamentarios prosiguen en el libro 29 prolongándose luego en los que, también en materia de testamento, se ocupan de disposiciones a título singular.
21. Sus rúbricas son las siguientes: XI, *De militari testamento*; XII, *Quibus non est permissum testamenta facere*; XIII, *De exheredatione liberorum*; XIV, *De heredibus instituendis*; XV, *De vulgari substitutione*; XVI, *De pupillari substitutione*; XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*; XVIII, *De inofficioso testamento*; XIX, *De heredum qualitate et differentia*; XX, *De legatis*; XXI, *De ademptione legatorum*; XXII, *De lege Falcidia*; XXIII, *De fideicommissariis hereditatibus*; XXIV, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*; XXV, *De codicillis*.
22. En la edición de KRUEGER se lee en nota a pie de página: *libri Graecam constitutionem periisse testantur*.
23. En el encabezamiento de esta constitución que es la 15 se lee *Imp. Constantinus A. ad populum*, pero aparece promulgada siendo cónsules Constancio y Constante lo que permite

la dotación en 339, es decir, dos años después de haber muerto Constantino. Sobre el error ver la citada edición de KRUEGER (*Codex Iustinianus*, 11.^a ed., Berlín 1954). La constitución ha de ser, pues, atribuida a Constancio.

24. Así por ejemplo se remiten a defectos que no acarrearán la nulidad del testamento las constituciones 4, 7, 8 (rescripto que originará la figura especial del testamento otorgado en tiempo de epidemia), mientras que otras, como la 9 o la 12, señalan defectos insuperables.
25. Es decir, aquel testamento cuyo contenido quiere el testador que permanezca secreto hasta el momento de la apertura, el llamado *testamentum inter liberos* y el testamento nuncupativo.
26. Las rúbricas de esos doce títulos son las siguientes: I. Qué cosa es testamento; II. De cómo deben ser abiertos los testamentos que son fechados en escritura; III. De cómo deben ser establecidos los herederos en los testamentos; IV. De las condiciones que pueden ser puestas cuando establecen los herederos en los testamentos; V. De cómo pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos en lugar de los que hubieran sido puestos primeramente, a que dicen en latín *substituto*; VI. De cómo los herederos pueden haber plazo para aconsejarse si tomaran aquel heredamiento en que fueron establecidos por herederos o no, y de cómo se debe hacer el inventario, y otros como debe ser guardada la mujer después de muerte de su marido cuando dice que fincó preñada de él; VII. De cómo y por qué razones puede uno desheredar en su testamento a aquel que debía heredar sus bienes; y otros por qué razones puede perder la heredad aquel que fuere establecido por heredero en ella, *manquer nol desheredasen*; VIII. De cómo puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el testamento, a que dicen en latín *Querela inofficiosi testamenti*; IX. De las mandas que los hombres hacen en sus testamentos; X. De los testamentos que han de cumplir las mandas; XI. De cómo se pueden menguar las mandas y hasta qué cantidad, a que dicen en latín *Falcidia* o *debitum bonorum subsidium* o *trebellianica*; XII. De los escritos que hacen los hombres a sus finamientos, a que llaman en latín *codicillos*.
27. La influencia del Derecho romano justinianeo es aquí clara. Si las Partidas dicen: «Testatio et mens son dos palabras de latín que quieren tanto decir en romance como testimonio de la voluntad del hombre», en las Instituciones de Justiniano (1.2.10 pr.) podemos leer: «*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*». Tal derivación, por otra parte, se estima hoy rechazable. Véase por ejemplo, lo que dice SCHULZ en su *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, págs. 228-229.
28. En el principio de ese título se dice: «Fundamento e rayz de todos los testamentos de qual natura quier que sean es establecer herederos en ellos...».
29. Gregorio López, el célebre comentarista y editor de las Partidas, anota a este respecto: «*Potest enim testamentum nuncupativum fieri per scripturam tabellionis, ut in l. 103, título 18, partida 3; et notat glosa in l. hac consultissima, et per nuncupationem inglossa l. C. De testament (= C.6.23.21.2)*». Con ello da a entender que las palabras «o por escrito» no son un añadido erróneo sino una referencia a la posible intervención de un *tabellio*, es decir, de un escribano o notario. (Para la glosa de Gregorio López utilizamos la que acompaña al texto de las Partidas impreso en Salamanca por Andrea de Portanariis en 1555 y reimpresso en Madrid (Bol. Oficial del Estado) en 1974.

30. La lista de incapaces para actuar como testigos resulta más corta que la que ofrecía Justiniano en sus Instituciones (I.2.10.6), pues allí, aparte de los indicados por las Partidas, tampoco eran tenidos por capaces el sordo, el mundo, el loco y el que ha sufrido la *interdictio* de sus bienes. Sin embargo, esta ley 1 es claro que no pretendió dar una lista exhaustiva, reservándose ésta para la ley 9 del mismo título (*Quáles omes non pueden seer testigos en los testamentos*). En ésta se decía: «Testiguar non pueden en los testamentos aquellos que son dañados por sentencia que fuese dada contra ellos por malas cantigas ó dictados que ficieron contra algunos con entención de enfamarlos; nin otrosi el que fuese condepnado por juicio de los judgadores por razon de algunt mal fecho que ficiese, asi como por furto, ó por homicidio ó por otro yerro semejante destes, ó por mas grave de que fuese dada sentencia contra él; nin otro si ninguno de los que dexan la fe de los cristianos et se tornan moros ó judios, maguer se tornasen despues á nuestra fe, á que dicen en latin apostatas; nin las mugeres, nin los que fuesen menores de catorce años, nin los siervos, nin los mudos, nin los sordos, nin los locos mientras que estodieren en la locura, nin aquellos á quien es defendido que non usen de sus bienes porque son desgastadores dellos en mala manera; ca estos atales non pueden seer testigos en testamentos. Otrosi non lo puede seer home que es siervo de otri; pero si alguno de los testigos que se hi acertaron quando se facie algunt testamento, andaba aquella sazón por home libre, maguer despues fuese fallado en verdat que era siervo, non se embargará el testamento por esta razón». Otras obras muy relacionadas con las Partidas como son el Doctrinal y las Flores de derecho compuestas por el Maestro Jacobo que como se sabe figuró entre los colaboradores de Alfonso X, se remiten también a la incapacidad de la mujer para desempeñar el papel de testigo en un testamento. En el Doctrinal (redactado seguramente después de acabadas las Partidas) libro IV, título 2.º, capítulo 2.º, se lee: «E sobre todo dezimos que mujer de buena fama puede ser testigo en pleyto de otrie fueras ende de testamento» (pág. 274 de la edición de Don Rafael de Ureña y Don Adolfo Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid 1924). Por su parte, en las Flores de Derecho, escritas a lo que parece antes que las Partidas pues todavía vivía Fernando III el Santo, se lee en la ley 2.ª título 8 del libro II (pág. 130 de la citada edición) al tratar de quienes no pueden ser testigos: «... nen muger en pleyto criminal, nen en testamento». La preocupación por la incapacidad de la mujer en cuanto testigo de un testamento llevó también a los redactores de las Partidas a incluir la curiosa ley 10 (*Si puede seer testigo o non en el testamento el que ha natura de varón et de muger*): «Hermaphrodita en latin tanto quiere dezir en romance como aquel que ha natura de varón et de muger, et este atal decimos que si tira más a natura de muger que de varón non puede seer testigo en el testamento, más si se acostare mas a natura de varón, entonces bien podría seer testigo en testamento et en todas las otras mandas que ome ficiese». Aunque Gregorio López en sus extensos comentarios no cita los precedentes de la citada ley, éstos son fáciles de precisar. Dos textos del Digesto aluden al caso. El primero es D.1.5.10 (Ulpiano, *libro I ad Sabinum*): «*Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus, et magis puto eius sexus aesti mandum, qui in eo prevalet*». El segundo es D.22.5.15.1 (Paulo, *libro III Sententiarum*): «*Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit qualitas sexus incalescentis ostendit*».
31. Es decir, la vieja exigencia del testamento del *ius praetorium* mantenida por Justiniano para el testamento ordinario escrito. Las Partidas precisan que el testigo ha de escribir: «Yo fulano so testigo de deste testamento que lo fizo tal ome (nombrándolo), seyendo yo delante».

32. Los precedentes estaban en la constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 439 que Justiniano recogió en su Código (C.6.23.21 pr.).
33. El texto es el siguiente: «En escripto queriendo alguno facer su testamento segunt dice en la ley ante desta, si por aventura lo quisiere facer en poridat que non sepa ninguno de los testigos lo que es escripto en él, puédelo facer en esta manera: debe él por su mano mesma escrebir el testamento, si sopiere escrebir, et si non debe llamar otro qual quisiere en quien se fie, et madárgelo escrebir en su poridat, et despues que fuere escripto debe doblar la carta et poner en ella siete cuerdas con que se cierre, de manera que finquen colgadas para poner en ellas siete seellos, et debe dexar tanto pargamino blanco de fuera de la dobladura en que puedan los testigos sobreescribir sus nombres. Et despues desto debe llamar et rogar tales siete testigos como dice en la ley ante desta, et mostrarles la carta doblada, et decirles así: este es mio testamento, et ruegovos que escribades en él vuestros nombres et quel seelles con vuestros seellos. Et él otrosi debe escrebir su nombre ó facerlo escrebir en fin de los otros testigos, ante ellos diciendo así; otorgo que este es el testamento que yo fulan fice ó mandé escrebir.
34. Tras la justificación de la constitución, Justiniano detallaba casos de paralización momentánea que no debían influir en la validez del testamento y se pronunciaba también sobre el tratamiento a seguir en el supuesto de ausencia definitiva de algunos testigos. He aquí el texto: «*Si quid autem necessarium advenerit et in ipsam corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel petitionis oblatio vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitatur, vel si quis necessarius naturas usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, sed eo quod urget et imminet repleto vel deposito iterumsolita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper reparatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, iterum introductis testibus consequentiam factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingant, si quidam ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorundem testium reversum expectari et solemnitas peragi. Si autem longiore spatio reflectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat, tunc illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis alios subrogari et ab eo vel ab eis tam testatorem quam alios testes scitari, si era, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram eis processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, tunc eos vel eunt una cum aliis testibus ea quae oportet facere, et si in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae...*
35. (Inst. II.11) «*De Militari Testamento*»: *Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis propter nimiam imperitiam constitutionibus principalibus remisa est. Nam quanvis hi neque legitimum numerum testorum adhibuerint neque aliam testamentorum sollemnitatem observaverint, recte nihil minus testantur, «videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio induxit. Quoquo enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur sive sine escriptura, valet testamentum ex voluntate eius. Illis autem temporibus, per que citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel in suis sedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adiuvantur: sed testari quidem et si filii familias sunt propter militiam conceduntur, iure tamen communi, ea observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus».*

1. *Plane de militum testamentis divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: «Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, si convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vallet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: «ego te heredem facio» aut «tibi bona mea relinquo», non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit, et per hoc iudicia «vera subvertantur».*

2. *Quin immo et mutus et surdus miles testamentum facere possunt.*

3. *Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt: post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum iure facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur, si intra annum quidem decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

4. *Sed et si quis ante militiam non iure fecit testamentum et miles factus et in expeditione degens resignavit illud et quaedam adiecit sive detraxit vel alias manifesta est militis voluntas hoc velere volentis, dicendum est valere testamentum quasi ex nova militis voluntate.*

5. *Denique et si in adrogationem datus fuerit miles vel filius familias emancipatus est, testamentum eius quasi militis exnova voluntate valet nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

6. *Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensis dederunt peculia, quorum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod nostra constitutio latius extendens permisit omnibus in his tantummodo peculii testari quidem, sed iure communi: cuius constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum, quae ad praefatum ius pertinere ignorare.*

36. C.6. 23 19: el texto es el siguiente: «*Omnium testamentorum sollemnitate superare videatur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut igitur securus erit, qui actis cuiuscumque indicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius umquam successione tractabitur, qui nobis mediis, et toto iure, quod nostris est scriptiis constitutum, teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, quum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobatur nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur. Ne quid sane praetermisisse credamur huiusmodi institutionis successoribus designatis, omnia quae scriptis heredibus competunt iubemus eos habere nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestantum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblati possit precibus declarare, et sta-*

- bile sciat esse, quod fecerit, nec institutus heres pertinescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis possit testibus approbare, si ei alia nocere non possunt».
37. «Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum inventimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes necessarium diximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et literarum viget scientia, omnia, quae etiam libris nostrorum Digestorum seu Institutionum, et imperialibus sanctionibus, nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari nullamque ex praesenti lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati, per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeantur et unusquisque pro sua persona subscribat: ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Si autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus aut duo vel plures scierint literas, liceat his pro ignorantibus litteras, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat.
38. C.3.36.26. Imp. Constantinus A. ad bassum P.P. Inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videantur esse, vel emancipatos, quos praetor ad successionem vocat, sive coeptum neque impletum testamentum vel codicillus seu epistula parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis vel iudiciis inveniantur relictas, iudicio familiae erciscundae, licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, servato senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur, et si solemnitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta. Si vero in huiusmodi voluntate designatis liberis alia sit mixta persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illa duntaxat permixtam personam pro nullo haberi.
39. C.6.23.21.3. Aquí añade: A parentibus utriusque sexus: Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, ni si inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum, ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis acrescere.
40. N. 107. A Constantino divae memoriae lex scripta est antiquam sectata simplicitatem, at porro causarum varietas et natura eas frequenter mutans egere leges illas emendatione nostra praeparavit. Dicit itaque lex oportere morientium voluntates, quando sunt parentes, omnibus modis interfilios tenere, et tantum eos erubescit parentes existentes, quia eis et clara rerum concedit significationem, dicens, et si non manifestae sunt eorum dispositiones, aperiuntur autem ex quibusdam iudiciis et coniecturis et qualibet scriptura, et sic eas valere: et hoc in suis et emancipatis filiis ait; insuper et Thoesodii decernit, non in patribus solum haec disponens, sed etiam in matribus et ascendentibus utriusque naturae. Hanc ap-

prehendentes licentiam homines in tantam egressi sunt obscuritatem, ut divinantibus magis, quam interpretantibus haec egerent: itaque neque personas scribentes, nequae rerum dicentes notitias, et forte nec quantitatem, tamen dignantur coniecturis et verisimilium ratione talia permittere.

Cap. I. Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes (quid enim sic proprium est legum, sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus?), volumus: si quis litteras sciens inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescribere tempus deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad haec uncias in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. Si vero etiam rerum voluerit facere divisionem aut quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutionum statuere, et harum inscribat(es)significationes, ut eius litteris omnia declarata nullam ulterius contentionem filiis derelinquant. Si tamen aut uxori aut extraneis aliquibus personis voluerit relinquere legata aut fideicommissa aut libertates, et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt et volunt valere, sint firma, nihil minuenda, eo quod videantur in carta scripta reliquam observationem testamentorum non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem cartae praebitam.

Cpa. II. Et si quidem usque ad mortem maneat hoc schema, nullus postea deducet testes, quia voluit forte talem voluntatem commutare aut convertere aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere, quod factum est, et aliam facere voluntatem declarantem perfectam eius sententiam, quam competit valere. Hoc enim concedimus ei agere, hoc ipsum expressim significantem sub praesentia testium septem, quia etsi fecit quandam talem voluntatem, non tamen valere eam ulterius vult, sed rursus vult aliam facere. Et hanc aut in testamento perfecto faciat omnia testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate videri eum defunctum esse, prioribus infirmis factis ex secunda eius secundum perfectum testamentum aut voluntatem dispositione.

Cap. III. Quia vero novimus aliquos divisiones facientes inter proprios filios et praeparentes eos his subscribere, et hoc schema suscepimus. Si quis enim dividit proprias res et ipsos filios evocans faciat subscribere divisionibus ipsis, et ratas eas iudicare, et profiteri haec secundum hunc habere modum, sit et hoc firmum in huiusmodi rerum divisiones secundum nostram constitutionem quam ob hoc posuimus: quam in omnibus, quae in ea continentur, firman esse et per hanc legem sancimus. Si autem et in divisione ipse suscripserit et clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit et hoc ratum, quoniam et hoc iam nostra legislatione continetur. Palam vero est quia in talibus casibus haec lex valebit, quosque postea moveri contigerit.

41. C.6.22.8. Imp. Iustinus A. Demostheni. Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo, vel ita nati, per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant, deinde expriment nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quidquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis uncis in successionem admitti debeant, et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium assequere velit; omnia denique palam edicat, quae ultimamque capit dispositionum series lege concessa. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium et

corundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab hisdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerit ordinanda.

Las acciones de garantía bancaria en derecho romano clásico

VICTORIANO SÁIZ LÓPEZ

En el estudio de las acciones derivadas de la garantía bancaria, en derecho clásico, tuvo una singular relevancia y aceptación la posición mantenida en su tiempo por Lenel.¹ Posteriormente, teniendo presente la escasez de datos de las fuentes e incluso el carácter contradictorio de los mismos, como ha subrayado Rossello,² se ha ido imponiendo la evidencia de que sus conclusiones no pueden considerarse convincentes, al apoyarse en bases científicamente poco consistentes.

La aportación que pretendemos hacer aquí consiste fundamentalmente en el desarrollo razonado de una hipótesis que tiene su origen en las conclusiones a que llegó Partsch en sus estudios a propósito de la naturaleza estipulatoria del *receptum argentarium*.³ Es importante tener también presentes los resultados de las investigaciones posteriores de Astuti en torno a la promesa de pago, que le han llevado a mantener que es posible admitir la identificación de *receptum* y contrato verbal.⁴

Puede decirse, en general, que los diferentes intentos doctrinales de reconstruir la fórmula recepticia pretenden buscar una solución en el ámbito de las acciones civiles estipulatorias o, como en el caso de Lenel, en los esquemas del edicto pretorio.

Se trata, en este caso, siguiendo la corriente civilista, de plantear una posible reconstrucción de la fórmula clásica de la *actio recepticia*, formalmente abolida por Justiniano,⁵ que corresponde al acreedor frente al banquero garante y, además, de completar su estudio con el tratamiento de la acción de regreso otorgado al banquero, que paga, frente al deudor principal.

Acción del acreedor frente al banquero-garante

Una vez perfeccionada la caución bancaria y si el *argentarius* no da adecuado cumplimiento de la obligación asumida cuando le es exigida, el acreedor puede interponer una acción y obtener, en su caso, la ejecución de la correspondiente sentencia. Siguiendo la terminología justiniana, puede llamarse esta acción «*actio recepticia*». ⁶ Denominación que, probablemente, no resulta válida en el derecho clásico. En efecto, el adjetivo *recepticia* no es suficiente para distinguir la reclamación frente al banquero de otras posibles reclamaciones derivadas de *receptum*. No se califica a la acción atendiendo el criterio del sujeto pasivo sino que se hace a partir de un término genérico que engloba diversos negocios jurídicos. Idénticas consideraciones podemos hacer con respecto a la denominada *actio de recepto*, relativa a los *nautae*, para la restitución de las cosas que les fueron confiadas. Esta acción la denomina De Robertis⁷ *actio ex recepto*, pero también utiliza la expresión *actio recepticia*, lo que nos da una idea de la falta de precisión terminológica que reina en este campo.

Planteando la cuestión relativa a quienes son los sujetos que activa y pasivamente intervienen en esta acción, parece seguro responder que es el acreedor, y no otros, quien puede hacerla valer frente al banquero. Esto es así porque la aceptación de la obligación la realizaría el segundo ante el primero;⁸ también porque ello se desprende de los textos del Digesto, considerados interpolados.⁹ Por otro lado, esta idea viene confirmada por la relación jurídica existente entre los diversos sujetos que intervienen, de modo directo o indirecto, en el negocio. En efecto, resulta que no está legitimado activamente en la *recepticia* el deudor principal por las siguientes razones:

Primera.—Si el deudor principal ha encargado al *argentarius* que asuma la deuda y éste, con posterioridad, no lo hace, habría que recurrir a la acción derivada del mandato.

Segunda.—Es doctrina común que el deudor principal no queda liberado por la promesa bancaria. Se trata del principio de acumulación o de falta de eficacia novatoria.¹⁰

Tercera.—Si el deudor principal ha consignado fondos para el pago en poder del banquero y pretende obtener su restitución puede servirse de una *condictio*, sin ser necesaria una acción especial.

Cuarta.—Si no ha mediado mandato, el deudor principal no puede utilizar una acción específica frente al banquero, ya que la promesa bancaria no es un contrato del que surgen acciones a favor de terceros.¹¹

Esto supuesto, las dificultades se presentan a la hora de reconstruir la fórmula de la llamada *a. recepticia*, en el derecho romano clásico. En este sentido, se ha de comenzar recordando la opinión de Lenel, quien considera que la fórmula de la recepticia viene concebida *in factum*;¹² partiendo de D. 46, 3, 52 y de D. 12, 2, 27 afirma que, si *satisfactio* y *iusiurandum* equivalen a *solutio*, en la fórmula recepticia como causa de absolución figuraría únicamente la *solutio*, aunque junto a ésta también admite la mora del acreedor. Por ello, al igual que ocurre en la fórmula *de pecunia constituta*, *neque fecisse Nm Nm quod constituit, neque per Am Am stetisse quo minus fieret quod constitutum est*, la recepticia tendría lo siguiente en la cláusula condenatoria: *neque solvisse quod solvi recepit, neque per Am Am stetisse quo minus solveretur*.

En definitiva, Lenel se inspira, para establecer la fórmula recepticia, en los términos más conocidos de la *de pec. const.*¹³ Esta idea de considerar la redacción de la fórmula recepticia a imitación de la *de pec. const.* tiene su fundamento textual en las palabras de Inst. 4, 6, 8, *actio de pec. const. cui similis videbatur recepticia*.

Sin embargo, no es seguro que este texto de Justiniano lo podamos proyectar sobre el derecho clásico por varios motivos:

Primero.—No se refiere a la *a. pec. const.* clásica sino a una acción reformada que deriva de un negocio, el *constitutum*, cuya evolución histórica lo ha llevado a la proximidad con la *stipulatio*, según se desprende de C. 4, 18, 2. De tal modo que el parentesco jurídico de la recepticia no existe con la *de pec. const.* clásica sino con la *de pec. const.* justiniana que nada tiene que ver con la anterior. En consecuencia, el texto nos permite acercar la acción del *receptum* bancario más a las acciones estipulatorias que a la derivada del *constitutum* clásico.

Segundo.—El fundamento de Inst. 4, 6, 8 (a. 533) no puede ser otro que C. 4, 18, 2 (a. 531); no el derecho clásico.

Tercero.—Lo único que parece deducirse de C. 4, 18, 2 es que la recepticia, en su tramitación clásica, no es utilizada en Oriente y que ahora queda englobada en una nueva acción a la que se denomina *de pec. const.* cuyo ámbito ha sido ampliado hasta cubrir la misma extensión que las acciones derivadas de *stipulatio*.

La hipótesis en virtud de la cual se atribuye a la promesa bancaria y al *receptum argentariorum*, con arreglo al derecho romano clásico, una tramitación judicial correspondiente a la de las fórmulas estipulatorias tiene su apoyo en la opinión de Partsch,¹⁴ quien habla de similitud entre *receptum* y *stipulatio*, ya que el *constitutum* es reformado en relación con la abolición del *receptum*, equiparándolo a la *stipulatio*. También en el texto paralelo de los Basílicos (26, 3, 2 Heimb. III p. 109) se reproduce la referencia a la *stipulatio*, mientras que del *receptum* no se hace mención alguna. Posteriores estudios de Astuti¹⁵ confirman esta línea de pensamiento. Según este autor, el fin perseguido por la constitución reformadora es la extensión del ámbito de aplicación de la *actio pecuniae constitutae*; además, en la compilación resulta alterada la típica función que el edicto *de pec. const.* había cumplido en el sistema clásico. Los bizantinos presentan una acción reipersecutoria y el *constitutum debiti* como una promesa de pago, es decir, como una figura contractual cuyo objeto es el cumplimiento de una prestación ya debida por una causa precedente, y en paralelo a la *stipulatio debiti*.

Resulta significativa la insistencia con que en la constitución del 531 se hace referencia a la *stipulatio*, lo que confirma que es en ésta en la que el emperador está pensando al suprimir las antiguas limitaciones del *constitutum*. Lo que se persigue es la plena equiparación de esta figura pretoria con la general forma contractual civil.¹⁶ Probablemente esta equiparación con la *stipulatio* se enmarca dentro del proceso de evolución de la *obligatio verborum*, en el que decae su típico requisito formal de la oralidad. Y, por lo que se refiere al requisito de la presencia de las partes, venía siendo posible un simple reconocimiento, ordinariamente escrito. De haber realizado el acto, admitiéndose la prueba en

contrario dentro de muy restringidos límites. En el sistema del derecho justinianeo, en el que el carácter formal de la estipulación se reduce sustancialmente al *animus stipulandi* y, al mismo tiempo, vienen atenuados los efectos rigurosos de su carácter abstracto, el paralelismo aparece tan acusado que hace muy difícil discernir cuándo estamos ante una *stipulatio* y cuándo ante un *constitutum*.¹⁷

Esto supuesto, conviene ahora hacer un breve recordatorio de las fórmulas que surgen de *stipulatio*. Para ello, las clasificamos en dos apartados:

Bajo la rúbrica *si certum petetur*,¹⁸ el Edicto pretorio ofrece tres fórmulas:

Cuando se ha prometido una cierta suma de dinero. *Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito.*

Cuando se ha prometido una cantidad definida de cosas. *Si paret Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.*

Cuando se ha prometido una cosa individualmente determinada. *Si paret Nm Nm Ao Ao servum Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.*

En otra rúbrica del Edicto que, probablemente, reza *si cum eo agatur qui incertum promiserit*¹⁹ aparece la siguiente fórmula: *Quod As As de No No incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet eius, iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.*

La doctrina que busca una solución para la acción de garantía bancaria dentro del esquema anterior tiene un precedente en Zentner,²⁰ quien mantiene la existencia no ya de una fórmula sino de varias, según las diversas causas a que puede obedecer la prestación del banquero. El autor llega a admitir que, en ciertos casos, puede derivar de la promesa bancaria la *actio certae creditae pecuniae*.²¹ Otra de las fórmulas posibles sería ésta: *Quod Ns Ns Ao Ao incertum recepit q. d.r. a. quidquid ob eam rem dare facere oportet, eius Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve.* Pero, como puede comprobarse, ésta no es más

que una variante de la fórmula derivada de *stipulatio* cuando se ha prometido un *incertum*, especialmente aplicable en los casos de promesa de *facere*. En vez de *incertum stipulatus est* se dice *incertum recepit*.

El desarrollo de la presente teoría lleva a la necesidad de plantear las dos posibilidades recogidas a continuación:

Primera.—Si el banquero hace su promesa solemne con la voluntad expresa de asumir toda la responsabilidad a que hubiere lugar, estamos ante una obligación autónoma y abstracta para cuya exigibilidad ha de recurrirse a una de las fórmulas estipulatorias incluidas bajo la rúbrica edictal *si certum petetur*, según que se haya prometido dinero, una cantidad de cosas o un objeto individualizado.

Segunda.—Si el banquero hace su promesa solemne sin aceptación expresa de responsabilidad, estamos ante una obligación de garantía accesorio y en la fórmula ha de hacerse constar la circunstancia de que esta garantía se halla conectada con una obligación principal de la que trae causa.

En este segundo supuesto, no nos sirve ninguna de las acciones incluidas bajo la rúbrica *si certum petetur* porque no son aptas para reflejar los precisos términos en que responde el fiador; no queda, pues, más remedio que recurrir a la acción recogida al amparo de la rúbrica *si cum eo agatur qui incertum promiserit*. En efecto, contra el demandado fiador procede la acción incierta, seguramente, con alguna variante en su fórmula.²² Interesa, ahora, determinar cuál es la cláusula de la fórmula mediante la que se hace constar que el demandado es un fiador, a fin de circunscribir la consumición procesal y evitar que se extienda a otro crédito propio. Este objetivo puede cumplirse introduciendo en la fórmula la *praescriptio* correspondiente que haga constar la circunstancia referente al carácter incierto de la deuda.²³

Las características que definen esta acción las podemos concretar del siguiente modo: tiene una fórmula *in ius concepta* puesto que la condena del demandado se subordina a la condición de que el actor tenga un derecho o pretensión *ex iure civili*; la *praescriptio* introducida por el pretor en una acción civil no altera su carácter; no se trata de un *iudi-*

cium bonae fidei aunque sea semejante, en cierto modo, a las típicas acciones contractuales por su objeto indeterminado. La *lex Rubria de Gallia Cisalpina*²⁴ presenta unas fórmulas procesales para la *cautio damni infecti* con un *oportere ex fide bona*; esta anomalía puede explicarse suponiendo una práctica consistente en introducir los términos *ex fide bona* en la estipulación y de ahí acabaría pasando a la correspondiente fórmula;²⁵ la acción sería transmisible activa y pasivamente a los herederos y no tendría plazo de caducidad. La doctrina ha venido manteniendo, sin discusión, el carácter perpetuo y la transmisibilidad de la acción recepticia y, recientemente, se sigue insistiendo en esta dirección.²⁶ El fundamento de esta doctrina ha sido la constitución reformadora de Justiniano que habría extendido a la *a. pec. const.* estos caracteres temporales de la recepticia; el carácter civil de la acción receptiva²⁷ y el carácter reipersecutorio de esta acción (no carácter penal como la *a. pec. const.*, en origen). La perpetuidad parece ser típica de las acciones reipersecutorias por oposición a las penales.²⁸ Sin embargo, estos razonamientos no parecen suficientes puesto que tienen excepciones, particularmente significativas, en relación con el tema que nos ocupa. Así es; el vínculo obligatorio constituido por la *sponsio* y la *fidepromissio* se extingue, en virtud de la *lex Furia de sponsu*, en el plazo de dos años si la garantía se presta en Italia²⁹ y no se transmite pasivamente a los herederos,³⁰ salvo que se trate de *fidepromissio* realizada por *peregrinus* y se apliquen normas distintas de las romanas, propias del ordenamiento correspondiente al sujeto que actúa como *fidepromissor*.³¹

Todas estas circunstancias hacen reconocer que la cuestión relativa al ámbito temporal de la acción recepticia no admite una solución satisfactoria. Ahora bien, podría considerarse como más probable su transmisibilidad y la no existencia de caducidad, si recurrimos a un argumento de analogía con el régimen jurídico de la *fideiussio* que, según testimonio de Gayo 3, 120 y 121, no está sujeta a la ley Furia. En definitiva, el restringido ámbito de esta ley parece que permite mantener que la regla general es la perpetuidad y transmisibilidad hereditaria.

Acción de regreso del banquero-garante frente al deudor principal

Para completar el cuadro de las acciones, queda por examinar el tema del reembolso a favor del banquero que, pagando, ha liberado al deudor principal y ha de obtener de este último adecuada satisfacción. A tal efecto se hace preciso distinguir tres apartados, que se tratan a continuación.

A) Regreso legal: el fundamento del derecho de regreso del garante frente al deudor principal está en la relación interna que une a ambos; esta relación califica de principal a una obligación y de accesoria a otra. En este sentido, considera Frezza que la primera relación interna sería, históricamente, anterior al mismo contrato de mandato.³² En efecto, la relación garante-deudor tendría, en origen, su fundamento en vínculos de carácter social, esto es, en una situación de dependencia que estaría próxima a la clientela.

Este hecho explicaría que el primer reconocimiento del derecho de regreso tenga su apoyo en la ley. Aquí hay que recordar la ley Publilia que sujeta al deudor principal a una *manus iniectio* del *sponsor* que ha pagado el débito, si no es reembolsado en el plazo fijado.³³

B) Regreso convencional: Gayo 3, 127 refleja el régimen de coexistencia del regreso legal y del regreso negocial; este segundo tiene lugar mediante la *actio mandati contraria*, con fórmula *in factum*, cuyo fundamento económico es evitar el injusto empobrecimiento del garante y cuyo fundamento jurídico es la relación interna deudor-garante constitutiva de un contrato de mandato.

No se encuentra en las fuentes un supuesto concreto referido a la relación interna entre deudor-cliente y su banquero; pero, D. 13, 5, 27, considerado interpolado, puede constituir un indicio en este sentido. Piénsese, además, que Labeón llega a conceder una excepción al *argentarius*, con lo que la relación interna llega, incluso, a condicionar la misma relación jurídica fundamental. A pesar de las dificultades, parece una hipótesis bien fundada la que establece que entre banquero y deudor, ordinariamente, mediaría un contrato de mandato que es el sólido fundamento jurídico sobre el que se apoya la acción de regreso del *argentarius*.³⁴

Esto supuesto, si se lee D. 17, 1, 6, 2³⁵ puede entenderse que no tiene lugar el regreso, en caso de *fideiussio: invito reo; in rem suam; donandi animo; pro ignorante (vel absente)*.³⁶ El último supuesto no viene expresamente previsto en el texto pero se encuentra tratado en D. 17, 1, 20, 1.

Aunque estos pasajes son aplicables a la *fideiussio* parecen también propios de la caución bancaria:

Invito reo; supuesto recogido en D. 13,5, 27; no es ejercitable la *a. mandati* por la sencilla razón de que falta su presupuesto fundamental, esto es, el contrato de mandato. Ni siquiera sería posible la *actio negotiorum gestorum* si media la expresa prohibición del deudor.³⁷

In rem suam; la obligación del garante es, en este caso, sólo formalmente accesoria; en realidad, es la verdadera obligación principal. Al faltar la función típica de la garantía, falta su natural consecuencia que es el regreso a favor del garante.³⁸

Donandi animo; tampoco es ejercitable la *a. mandati* porque falta el presupuesto que es el contrato de mandato. Esta figura se acogerá al régimen jurídico de la donación una vez que el garante haya efectuado el desembolso correspondiente.

Pro ignorante (vel absente); caso previsto en D. 13, 5, 27; el principio aplicable aquí es que no es posible la acción de mandato a favor de quien ha salido fiador por un ausente, no habiendo antecedido el contrato correspondiente. Por otro lado, al fiador se le puede otorgar la acción de gestión de negocios,³⁹ lo que sería posible extender también al banquero; ésta es una lógica consecuencia siempre que se cumplan los requisitos establecidos para la *negotiorum gestio*.

C) *Beneficium cedendarum actionum*: este medio a favor del garante que ha pagado, en lugar de fundarse como la *a. mandati* sobre una relación entre éste y deudor, se basa en la relación garante-acreditor o en un principio establecido en el ordenamiento jurídico que es expresión de las exigencias de equidad.

De lo anterior se desprende que la cesión de acciones puede tener lugar de dos modos, a saber, voluntariamente, en virtud de negocio ju-

rídico entre cedente y cesionario, y coactivamente, cuando viene establecida por imperativo legal.

Lo que interesa ahora es la cesión coactiva; que entendemos como aquella que viene asegurada por el ordenamiento; que se produce mediante un concreto mecanismo procesal y a favor del garante que ha pagado.

En tema de caución bancaria, este beneficio viene asegurado por el texto de D. 17, 1, 28, considerado interpolado; el cual presenta no pocas dificultades de interpretación: pero que recoge un principio aplicable a este negocio.⁴⁰

Desde el punto de vista formal, la cesión de acciones tendría lugar mediante la constitución del cesionario como representante procesal (*cognitor o procurador*) del cedente.⁴¹

La fórmula presentaría la particularidad de llevar en la *intentio* el nombre del cedente y en la *condemnatio* el nombre del cesionario.⁴²

En último término, ha de pensarse que, tanto si el reembolso opera mediante el *beneficium cedendarum actionum* como si tiene lugar en virtud de *a. mandati contraria*, el *argentarius* debe tener en cuenta las exigencias de la compensación, si el deudor-cliente es, a su vez, acreedor del banquero. En los *iudicia boane fidei* la *compensatio* puede ser operada por el mismo juez.⁴³ Así pues, la compensación no figura en la fórmula; las palabras de Gayo 4, 63 parecen indicar que efectuar la compensación entra en el deber, *officium*, del juez. En cambio, si el *argentarius* defiende en juicio su crédito a través de la *condictio certae creditae pecuniae*, la compensación ha de figurar en la *intentio*. Gayo 4, 64 ofrece un ejemplo de tal *intentio*, imaginando que el banquero tiene respecto al mismo cliente un crédito de 20.000 sextercios y un débito de 10.000: *Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titius debet.*

NOTAS:

1. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 1927, p. 132 s.
2. ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, AG 45, 1890, p. 83.
3. PARTSCH, *Der Ediktale Garantievertrag durch receptum*, ZSS 29, 1908, p. 412.
4. ASTUTI, *Il costituito di debito* 2, 1941, p. 315.
5. C. 4, 18, 2: *Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare.*
6. Los autores antiguos, algunos de los cuales se citan a continuación, usan la denominación *a. receptitia*; aquí se sigue la terminología que puede leerse en la edición de KRUEGER del *Codex Iustinianus*.
7. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, Annali Bari, 1953, p. 105.
8. Muchos escritores antiguos no se han preocupado de determinar a quién compete la acción, quizá por considerarlo evidente; así, se ha dicho: *actio receptitia debatur adversus argentarium qui...* CUIACIUS, *Paratitl. in Cod. 4, 18, 1758* (II, 194, E); DONELLUS, *Comm. ad Cod. 4, 18, 2, 1756* (VII, 994); BRUNS, *Das constitutum debiti*, Kleinere Schriften, 1882, p. 272. En cambio, otros atribuyen expresamente la acción al acreedor: HEINECCIUS, *Elem. iur. sec. Inst.*, 1759 (I, 256); ORTOLAN, *Instit.*, 1883 (II, 622).
9. La doctrina de los textos interpolados viene siendo generalmente admitida desde LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, ZSS 1881, p. 62-71.
10. Basado en D. 15, 5, 28 itp.
11. La irrelevancia de la voluntad del deudor principal se desprende del fragmento interpolado D. 13, 5, 27.
12. LENEL, *Beiträge*, cit., p. 67. Esto mismo lo había dicho ya EISELE, *Die Compensation*, 1876, p. 23 y en el mismo sentido se manifiesta KAPPEYNE, *Abhandlungen zum römischen Staats und Privatrecht*, 1875, p. 275.
13. En esta misma dirección se encuentra VOIGT, *Ueber die Bankiers...*, 1887, p. 575.
14. PARTSCH, *Der Ediktale*, cit., p. 412.
15. ASTUTI, *Il costituito*, cit., p. 315.
16. En este sentido KARLOWA, *Röm. R. Gesch.*, 1885, p. 758.
17. Una confirmación de esto la encontramos en I. 4, 6, 9: *... de pecunia constituta cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerit, nulla scilicet stipulatione interposita nam alioquin si stipulandi promiserint, iure civili tenentur.*
18. LENEL, *EP*, cit., n. 95.

19. LENEL, *EP*, cit., n. 55.
20. ZENTNER, *De recepto argentariorum*, 1859, p. 54.
21. VOIGT, *Ueber die Bankiers*, cit., p. 575, se manifiesta en oposición a ZENTNER.
22. También en la *fideiussio*, el fiador responde mediante la acción incierta de estipulación, nunca mediante la acción cierta aunque la deuda principal sea un *certum*, D. 45, 1, 75, 6 itp.; D'ORS, *Der. priv.*, 1981, p. 510.
23. Esta es la solución prevista por Gayo 4, 137, si se litiga frente a un *sponsor* o un *fideiussor*; contra este segundo la prescripción es *ea res agatur, quod Ns Ns pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit*.
24. *Fontes* I, p. 172.
25. D'ORS, *Der. priv.*, cit., p. 486; es muy posible que el modelo que nos transmite G. 4, 136 no sea constante y admita diversas modificaciones.
26. FREZZA, *Le garanzie personali*, 1962, p. 281.
27. Gayo 4, 110. Aunque este argumento no es válido para quienes niegan el carácter civil de la acción.
28. Gayo, 4, 112.
29. Gayo 3, 121-121 a.
30. Gayo 4, 113.
31. Gayo 3, 120. *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur*; no aparece clara cuál puede ser la aplicación de normas de derecho extraño a la *fidepromissio*.
32. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 159.
33. Gayo 3, 127; 4, 22.
34. Sobre la *a. mandati contraria* en tema de *fideiussio*, FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 162 s.
35. *Ulpianus libro XXXVI ad edictum: Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium (suum) gerens, erit mandati actio*.
36. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 192.
37. D. 17, 1, 40.
38. D. 34, 3, 5, 1.
39. D. 17, 1, 21.
40. En cambio, en tema de *fideiussio*, la cesión coactiva de acciones aparece muy dudosa en las fuentes; y la *actio mandati contraria* es el medio por excelencia que puede utilizar el garante. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 183.

41. Gayo 2, 39.
42. Gayo 4, 86. *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.*
43. Gayo 4, 61-68.

A propósito de una nueva Ley

LUIS FERNANDO SAURA

Remitida por el Senado al Congreso de los Diputados, se publicó en el B.O.C.G. número 151,1 de uno de junio de 1989, una Proposición de Ley de reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Apremiado por la urgencia de preparar un trabajo para la Revista Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, me pareció sugestivo realizar unos comentarios, siquiera a vuela pluma, en torno a la referida Proposición de Ley. Y, en efecto, corriendo el pasado mes de junio, y dándolo ya por concluido, me apresuré a entregarlo para asegurar su inclusión en el número presto, pensaba, a ver la luz. Mas como de sólo sucede, la confección de meritada Revista se ha ido demorando, hasta dar lugar a que lo estudiado como Proposición sea, hoy, flamante realidad legal.

Ante esta tesitura cabían dos posibilidades; la primera, respetar el texto original del artículo, y añadir como «addenda» las innovaciones introducidas por la Ley al Proyecto; la segunda, rehacer el trabajo aprovechando lo que del anterior viniera al caso y componiendo o recomponiendo lo que menester fuera.

Me ha parecido más adecuada la segunda fórmula, aunque en ciertos casos recoja, a pie de página, comentarios, críticas u opiniones formuladas al hilo de la Proposición, en tanto que algunos han sido recogidos por la Ley, mientras que otros, aún no habiéndolo sido, me sigan pareciendo interesantes.

En cualquier caso, y según se desprende de lo anteriormente expuesto, se trata de salvar lo máximo, y he procurado llevarlo a efecto con abso-

luto rigor, es decir, comenzando por el mismísimo título que, hasta este momento, ha sido «A propósito de una Proposición de Ley».

La Ley 11/1990 de 15 de octubre, publicada en el B.O.E. del día 18 del propio mes, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, evidentemente escueta, consta de un Preámbulo, ocho artículos y una Disposición transitoria.¹ Sistemática que es aconsejable seguir, analizando cada uno de sus aspectos en este estudio, y así:

PREÁMBULO

Recordando las reformas del Código civil por las leyes 11/81 de 13 de mayo y 30/81 de 7 de julio, que adaptaron sus preceptos al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 32 de la Constitución, y citando, asimismo la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, subraya el Preámbulo la subsistencia en dicho cuerpo legal de algunos preceptos en los que «para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo».

Consiguientemente, la Ley que nos ocupa «pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

Justificados los motivos de la reforma, se distribuyen en los ocho artículos de que consta la ley, las distintas situaciones menesterosas de corrección; artículos que procedemos a comentar:

ARTÍCULO 1.º

«Los apartados 2,3,5 y 8 del artículo 9 del Código civil, tendrán la siguiente redacción:²

2.—«Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la cele-

bración del matrimonio; a falta de esta elección por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».

3.—«Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».³

Una primera aproximación a la redacción de los dos recogidos apartados, pone de relieve el hecho de la sustitución de las menciones específicas a relaciones personales o patrimoniales de los cónyuges —que justificaban, en cierta forma, su anterior contenido— por la frase «efectos del matrimonio», englobando en ella tanto los aspectos personales como los patrimoniales, aunque «de facto», se siga debiendo interpretar el apartado segundo como referido a aquéllos, y el tercero a éstos.

Parece oportuna, condignamente con la finalidad perseguida por la Ley que nos ocupa, la supresión del inciso último del número 2.º del artículo 9, ya que —si bien con carácter subsidiario y en defecto de ley nacional común durante el matrimonio— primaba al marido en detrimento del derecho de la esposa, igual, sin embargo al de aquél, a partir de las reformas del Código civil en el año 1981.

En estricta observancia, pues, del principio de no discriminación, establece la Ley un orden de preferencias en la aplicación de la norma correspondiente a las situaciones matrimoniales que se puedan plantear en el futuro, buscando basamento en criterios de asepsia y objetividad —elogiables, desde luego, empero la redacción del texto no sea precisamente una joya de precisión— e introduciendo, por vía normativa o por consenso de ambos cónyuges, fórmulas de variada gama que puedan satisfacer cualquier tipo de situaciones que en la práctica puedan darse.

La escala de prioridades de tales previsiones podría esquematizarse en la forma siguiente: 1.º Regulación de efectos por la ley personal co-

mún de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio. 2.º En defecto de la anterior, deja la Ley en estudio autonomía a los cónyuges, en cuanto establece la aplicación de la ley personal o de la residencia de cualquiera de ellos, siempre que la misma hubiera sido elegida de común acuerdo por los contrayentes, y expresada en documento auténtico con anterioridad a la celebración del matrimonio. 3.º A falta de elección, se regularán los efectos del matrimonio por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración. 4.º Finalmente, y en ausencia de todos los presupuestos anteriores, los efectos del matrimonio se someterán a la ley del lugar de celebración del matrimonio.

A tenor de lo dicho, tal vez no hubiera sido importuna la mejora del texto, mediante una doble aclaración por el legislador acerca, la primera, de qué se debe entender por documento público a estos fines; la segunda, sobre las razones que abonan la conveniencia de que la elección de la norma haya de manifestarse con anterioridad a la celebración del matrimonio.

A mi juicio, y respecto del primer punto, hubiera parecido acertado —eludiendo al propio tiempo connotaciones semánticas o uso de nomenclaturas más propias de otras disciplinas— sustituir la expresión «documento auténtico» por la de «documento fehaciente» o «documento público» si se quiere.

En cuanto al segundo supuesto, si se nos exigiera, aquí y ahora, una explicación relativa al porqué de la manifestación de la elección de la norma con anterioridad a las nupcias, acaso únicamente se nos ocurriera el manido y tópico argumento —por cierto, reducto aún latente del trasnochado discurso «machista»— de que, una vez celebrado el matrimonio, amengua la libertad y la decisión puede ser impuesta de forma más o menos sutil, capciosa, o, incluso, coactiva por el cónyuge más fuerte y astuto, virtudes que nuestra tradición ha arrogado siempre al varón y ha escamoteado a la hembra.

Mas también cupiera explicar la disposición como dirigida a impedir, en un momento determinado, la elección de aquella ley que, atendidas las circunstancias, pudiera implicar fraude legal.

Tampoco parece especialmente feliz la referencia a que, en defecto de elección por los cónyuges de la norma aplicable a los efectos de su matrimonio, les deba ser aplicada la ley de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. ¿Cuál es la razón de que no pueda ser la ley de la última residencia común, más fácilmente acreditable siquiera por proximidad temporal?

No exige comentario alguno, por su claridad, la remisión del párrafo segundo del apartado 2.º del artículo 9 al artículo 107. Solamente apuntar, si acaso, que aun a riesgo de caer en redundancia o sobreentendido, no hubiera estado de más añadir, inmediatamente detrás del último citado artículo, la frase «de este Código».

Con todo, mayor ambigüedad y confusión se aprecia, a mi modo de ver, en el apartado 3.º del artículo 9, el cual, en su redacción anterior a la Ley que analizamos, establecía: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitida por la ley de ellos...». En su actual redacción se amplía el elenco, incluyendo estipulación, modificación o sustitución del régimen económico determinado por la ley que rija los efectos del matrimonio, declarando válidos los pactos o capitulaciones cuando sean conformes bien a referida ley, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes al tiempo del otorgamiento.

Ambigüedad derivada, posiblemente, de que el artículo 9 del Código no experimentara modificación alguna por la Ley de mayo de 1975 introduciendo la mutabilidad del régimen económico-matrimonial constante matrimonio, y consagración, por ende, de la facultad de otorgar capitulaciones antes o durante aquél. Pero ambigüedad que se acentúa: 1.º Al hablar sólo de los efectos del matrimonio, mezclando, incomprensiblemente, los personales y los patrimoniales, sin que la referencia inicial a pactos o capitulaciones desvirtúe un ápice la perplejidad que provoca la reciente costumbre del legislador de eludir la designación de las cosas por su nombre, al menos en algunos casos. 2.º Los pactos o capitulaciones pueden ser conformes tanto a la ley que rija los efectos del matrimonio, como a la de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de los contrayentes al tiempo del otorgamiento, hipótesis que enunciada así no plantea problema alguno. Sin embargo, tales pactos

pueden ser válidos conforme a la ley que rijan los efectos del matrimonio, pero nulos o ineficaces de acuerdo con la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento, en cuyo supuesto ¿qué ley sería la aplicable? El sentido común parece indicar habría de ser la que rijan los efectos del matrimonio —enunciada en primer lugar del número 3.º del artículo—, pero la redacción actual del mismo no establece primacías o prioridades, deduciéndose de su tenor que serán válidos los pactos ya se ajusten a dicha ley, ya lo hagan a cualquiera otra de las referidas, imprecisión que, provocando el caso, bien pudiera calificarse de auténtico desatino.

Pero, aún más, el respaldo legal a la validez de meritados pactos o capitulaciones, cuando sean conformes con cualquiera de las leyes expresadas, es tanto como introducir el germen o semilla de toda clase de conflictos. En efecto, ¿por qué aplicar la ley de uno de los cónyuges y no la del otro a la hora de interpretar las capitulaciones, cuando, al no distinguirse, tanto una como otra gozan de trato igual, de idéntico amparo y susceptibilidad de aplicación?

Al propio tiempo, queda, incomprensiblemente, posibilitado el fraude de ley, al permitir a los cónyuges, en cada momento y a su libérrimo arbitrio y conveniencia, exigir la aplicación de la norma que mejor cuadre a sus intereses.

De otra parte, introduce la Ley que nos ocupa una ampliación a la Proposición, introduciendo, como ya dijimos, los apartados 5 y 8 del artículo 9, con nueva redacción respecto de la que hasta ahora han tenido. Procederemos, pues, a analizar el primero de los referidos:

5.—Referente a la adopción, entiendo conveniente hacer una previa y brevísima, introducción histórica:

A. Directrices imperantes en torno a la cuestión, desde la redacción originaria del Código civil hasta la reforma del Título Preliminar del mismo:

1.—Debe regularse la capacidad para adoptar y ser adoptado por las respectivas leyes nacionales.

2.—La forma de la adopción se ajustará a la establecida por la legislación del país donde tuvo lugar. Pero si el adoptado en país extranjero es español menor de edad, la autorización judicial exigida por el Código (a la sazón por el artículo 178) habrá de otorgarse por las autoridades españolas.

3.—Los efectos de la adopción se registrarán por la ley del adoptante.⁴

B. Directrices del Código civil tras la reforma de su Título Preliminar hasta la Ley en estudio:

1.—La capacidad para adoptar y los efectos de la adopción, se registrarán por la ley del adoptante.

2.—Se observará la ley personal del adoptado en lo referido a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o complementarlo.

3.—Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades de la nacionalidad del adoptante.

4.—Las formalidades del acto se ajustarán a la ley del lugar en que se constituya la adopción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, 3 del Código civil.

C. La redacción actual del apartado 5 del artículo 9 del Código civil:

A mi juicio, el precepto dedicado a la adopción se debe analizar desde una triple perspectiva:

1.^a Adopción constituida por Juez español.

2.^a Constituida por los Cónsules españoles.

3.^a Constituida por la legislación extranjera.

El propio apartado 5 nos va a indicar cada uno de los extremos a encajar en la anterior división tripartita, y así:

Con referencia al punto primero:

A. La adopción constituida por Juez español se registrará, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española.

B. Se observará la ley nacional del adoptando en lo referido a capacidad y consentimientos necesarios: 1.º Si reside habitualmente fuera de España. 2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española.

C. A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o la de la residencia habitual del adoptante o del adoptando.

Relativamente al punto segundo:

A. Siempre que el adoptante fuere español y el adoptando estuviere domiciliado en la demarcación consular, tendrán los Cónsules españoles, para la constitución de la adopción, las mismas atribuciones que el Juez.

B. En este caso, la propuesta previa para la adopción será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. No será necesaria propuesta previa, si el adoptante nunca tuvo residencia en España, pero el Cónsul habrá de recabar de las autoridades del lugar de residencia del adoptante, informes suficientes para valorar su idoneidad.

En lo que atañe al tercer extremo:

A. En la adopción constituida por la legislación extranjera, regirá la ley del adoptando en lo referido a capacidad y consentimientos necesarios.

B. Dichos consentimientos podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente.

C. Si se trata de la adopción de un español, será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

Expuesto lo anterior, conviene advertir que entre la redacción del apartado 5 del artículo 9 del Código civil dada por Decreto de 31 de

mayo de 1974, y la que realiza la Ley que tenemos en estudio, se promulgó la de 11 de noviembre de 1987 modificando el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; circunstancia que es de importancia tener en consideración a la hora de interpretar el nuevo texto. Pero, como el reto es tentador, aunque razones de espacio venden la profundización que exige la materia no es fácil resistirse a apuntar algunas ligerísimas observaciones.

En efecto, establece el inciso primero del párrafo primero del apartado que absorbe nuestra atención, una regla general consistente en la afirmación de que la adopción constituida ante Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por la ley española.

Lo primero que preocupa de la lectura de referido inciso es la necesidad de determinar a qué requisitos se refiere y en qué casos, pues, evidente será, que la adopción de español por español habrá de ajustarse en todo a lo que establecen nuestras leyes; pero ¿y si se trata de adopción de español por extranjero o viceversa?, ¿se refiere el precepto a requisitos procesales o sustanciales, o a ambas?

Es claro que los requisitos procesales son de observancia absolutamente imperativa, a tenor del número 2 del artículo 8, y del inciso 1.º del número 1 del artículo 11, ambos del Código civil (y no se debe olvidar que la Ley de 1987 reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil en sentido paralelo y armónico a como lo hace con el Código civil). No obstante, ¿Serán, asimismo, de ineludible aplicación requisitos puramente sustantivos como los establecidos en los artículos 175 y 176 del Código civil?

Seguramente, el último interrogante lo pueda aclarar el inciso siguiente del propio párrafo primero, cuando dispone que se observe la Ley nacional del adoptando, en alguno de los dos supuestos siguientes: 1.º Que habitualmente residiera fuera de España. 2.º Que aun residiendo en España, no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción.

En ambos casos, está contemplando el precepto la adopción de extranjero en procedimiento seguido ante Juez español, entre otras razones en cuanto impone la observancia de la ley nacional de adoptando,

dando por supuesto, en relación con el inciso anterior, de que no es la española.

Es más, parece contemplar el Código el supuesto de adopción de extranjero por extranjero, según se desprende del segundo requisito establecido, cual es el referido a la no obtención por el adoptando, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (evidentemente, si es español el adoptando, ya tiene esta nacionalidad; si lo fuera el adoptante la comunicaría al adoptando por virtud del artículo 18 del Código, salvo caso de que el adoptando tuviera más de 18 años, pero qué difícil es en nuestra actual normativa la adopción de persona mayor de edad, a la vista del número 2 del artículo 175 del Código civil).

Ampliando lo apuntado, el párrafo siguiente de este apartado 5, permite al Juez, en interés del adoptando y a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal —cuya intervención en este tipo de procesos es preceptiva— exigir, además, los consentimientos, audiencias, o autorizaciones requeridas por la ley nacional o la de la residencia habitual de adoptante y adoptando.

Tal cautela puede responder, a mi juicio, a la necesidad de sustituir la propuesta de adopción formulada por la entidad pública correspondiente, a que se refiere el artículo 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en la adopción entre extranjeros presupuesto de casi imposible cumplimiento—, por la concesión al Juez de la facultad, a petición de adoptante o del Ministerio Fiscal, de acudir a ley distinta de la española, acaso menos rígidas, para recabar los consentimientos, autorizaciones y demás que pueda precisar para emitir una resolución fundada en derecho, pero, sobre todo, justa. Y esta opinión podría reforzarse acudiendo al párrafo siguiente del propio apartado 5, que suple la presentación de la propuesta previa, en el caso de no haber residido nunca en España el adoptante, por la reclamación de informes a las autoridades del lugar donde resida el adoptante, para, mediante ellos, valorar la idoneidad del interesado.

Novedad destacable, es la atribución —ya a cara descubierta— de facultades judiciales a los Cónsules en los referido a la constitución de

la adopción; si bien con dos límites: que sea español el adoptante; que resida el adoptando en su demarcación consular.

Asimismo, es de reiterar —por lo que pueda significar de futuro como base para otras interpretaciones— la posibilidad de sustituir la propuesta previa del ente público, por el acopio de informes recabados a las autoridades del lugar donde resida el interesado, para, mediante ellos, conformar su opinión y fundamentar su decisión relativa a idoneidad o no del aspirante.

El párrafo final del apartado 5 del artículo 9, contempla la hipótesis relativa a la adopción constituida por autoridad extranjera competente, disponiendo, para este caso, que regirá la ley del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios; añadiendo, inmediatamente, que los consentimientos exigidos por tal ley podrán prestarse bien ante una autoridad del país en que se inició la constitución de la adopción, bien posteriormente ante cualquier otra autoridad competente.

La impresión más notoria que provoca la lectura del anterior párrafo es, cuando menos, la de una insoportable duda ¿no nos estaremos introduciendo en corral ajeno?

Lo que si parece oportuno es el inciso final del párrafo que comentamos, ordenando que para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

Es pertinente el inciso en consonancia con nuestra propia legislación que siempre tiende a procurar se aplique prioritariamente la ley nacional en tema de adopciones. De otra parte, aun siendo posible a tenor de la ley extranjera la adopción del español sin referido consentimiento, es claro que en España no tendría efecto alguno. Solamente en un caso no sería necesario tal consentimiento, si nos atenemos al tenor del precepto, cuando el adoptando español nunca hubiera residido en España, caso no infrecuentes en los tristes años de la emigración española, principalmente a los países más desarrollados de Europa.

Abordamos, finalmente, del artículo primero de la Ley 11/90, el estudio del apartado 8 del artículo 9 del Código civil. Dice su nueva redacción:

«La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Se puede desglosar el número en cuestión en la forma siguiente:

A. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento.

B. Las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional de testador o disponente al tiempo de su otorgamiento, conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión.

De donde:

1.—De la confrontación de ambos párrafos hay que concluir que el causante cambió, al menos una vez, de nacionalidad.

2.—Que al tiempo de su fallecimiento el causante no había otorgado otro testamento, empero el cambio de nacionalidad, o, de haberlo hecho carecería éste de eficacia relativamente a las disposiciones ínsitas en el testamento ajustado a su ley nacional al tiempo del otorgamiento del mismo; y ello, desde la perspectiva de todos los supuestos contemplados en el número 1.º del artículo 11 del Código civil, en cuanto dispone: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, se regirán por la ley del país en que se otorguen; también serán válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, y, al cabo, dando validez a los celebrados conforme a la ley personal del disponente que sería, en nuestro caso, la que ostentara al tiempo del otorgamiento.

3.—En definitiva, aun siendo de aplicar la ley del causante al tiempo de su fallecimiento, lo será en todo salvo en lo referido a las disposiciones testamentarias o pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente al tiempo del otorgamiento. Resaltando, en cuanto a los pactos sucesorios, que la doctrina se inclina por señalar la irrevocabilidad como una de sus características esenciales.

4.—Con referencia a las legítimas, sigue ordenando el precepto que se ajustarán a la ley que rija la sucesión, lo que pudiera crear conflictos en el caso de que, a tenor de la legislación aplicable a las disposiciones testamentarias, quedaran aquéllas incólumes, pero, sin embargo, de la aplicación de la ley que rija la sucesión resultara haber dispuesto el testador en perjuicio de sus legitimarios.

5.—Novedad de la ley, el último párrafo de este apartado se limita a disponer que los derechos que la ley atribuye al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio; es decir, por la prevista en el número 2 del artículo 9 del Código civil, a cuyo comentario nos remitimos.

Finalmente, es claro el espíritu final de este párrafo, al establecer que, sea cualquiera la ley que se aplique en la regulación y estimación de los derechos del cónyuge supérstite, siempre habrán de quedar a salvo las legítimas de los descendientes.

ARTÍCULO SEGUNDO

Persistiendo en esta vía de corregir discriminaciones, se proceda a nueva redacción de los artículos 14, 14, 1.066 y 1.267 del Código civil, innovaciones que interesa comentar siguiendo el mismo orden en que se enuncian:⁵

Artículo 14.—No ofrecen variación el número 1.º, ni el párrafo primero del número 2.º de dicho artículo, si bien el último se corresponde con el inciso primero del correlativo en su anterior redacción.

Sí es de resaltar el párrafo segundo del mismo número 2, cuando establece que el adoptado no emancipado adquiere, por la adopción, la vecindad civil de los adoptantes. Reseña lógica en pura consecuencia

con la concepción actual de la adopción y la equiparación del hijo adoptado al por naturaleza, según dispone el artículo 108, del Código civil.

El número 3.º del artículo plantea diversos supuestos, que se pueden desbrozar en:

A. Caso de distinta vecindad de los padres al tiempo del nacimiento o de la adopción del hijo. Quedará sujeto éste a la que ostente el cónyuge cuya filiación respecto de aquél hubiera sido establecida antes; en su defecto, tendrá la del lugar de nacimiento, y, en último término, la vecindad de Derecho común.

Una más rigurosa puntualización exige reseñar lo siguiente: a) Respecto del hijo natural matrimonial, lo normal será la determinación de su filiación, conforme a lo establecido en el artículo 115 número 1.º del Código civil (por supuesto, es de descartar, a estos fines, el número 2.º de dicho artículo); b) Con referencia al hijo natural no matrimonial, lo usual será el supuesto del número 4.º del artículo 120 del propio Código, prevaleciendo la vecindad de la madre (no olvidemos que, hasta ahora, tratamos de los supuestos normales de determinación de la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial); c) En la adopción, o se realiza por una sola persona, a tenor del número 4.º del artículo 175 del Código civil, o por ambos cónyuges, debiéndose incluir en la segunda hipótesis la vecindad derivada del previo establecimiento, en razón de simultaneidad; d) No establecida o no acreditada prioridad en favor de alguno de los padres, tendrá el hijo la vecindad del lugar de nacimiento, y, en última instancia, la vecindad de derecho común. Soluciones salomónicas las dos finales que, paradójicamente, podrían coincidir con la vecindad de alguno de los padres.

B. Concede, la Ley que nos ocupa, la posibilidad de que los padres —de común acuerdo se supone— o el que de ellos tenga la patria potestad, puedan atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos, interin no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

Excepción lógica al precepto del párrafo anterior, que se justifica, caso de común acuerdo de los padres, por su interés de procurar al hijo la que entiendan más beneficiosa para él; y en cuanto a la actuación

del cónyuge que ejerza o le hubiere sido atribuida la patria potestad, por el anhelo legítimo de que comparta su propia vecindad, quedando sujeto a idénticas normas que él mismo, más próximas y conocidas.

C. A diferencia de la anterior redacción, y tal vez por influencia del artículo 180, 3.º del Código civil (la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas...), proclama el párrafo tercero del número en estudio que la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o el cambio de vecindad civil de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.

D. Mientras que el número 2.º del artículo 14 establecía la facultad de optar por la vecindad del lugar de nacimiento, ante el encargado del Registro Civil, dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación del interesado, la presente Ley, añade un párrafo al número 3.º de meritado artículo, disponiendo que, en todo caso, puede el hijo, desde que cumple 14 años y hasta un año después de su emancipación, optar ya por la vecindad del lugar de su nacimiento, ya por la de cualquiera de la de sus padres, puntualizando que, si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en su opción por su representante legal.

Antípodas en sus respectivos alcances la redacción anterior y la actual, llama ésta la atención por las notas siguientes: 1.º Señalamiento de la edad de 14 años, a partir de la cual cabe la posibilidad de opción de vecindad. 2.º Facultad de opción tan amplia que abarca desde la del lugar de nacimiento, hasta la vecindad de cualquiera de los padres. 3.º Ejercicio de la opción hasta que transcurra un año después de la emancipación, lo que conduce al planteamiento de las interrogantes siguientes: a) ¿Es posible la opción dentro del año siguiente a la mayoría de edad, como hasta ahora acaecía? b) ¿Pierde el derecho a optar si no se produce la emancipación? c) ¿Se refiere el inciso final a la necesidad de asistencia en la opción del representante legal, en el lapso comprendido entre los 14 y los 16 años, o se puede considerar válida tal asistencia, y por tanto la opción, aunque siendo mayor de 16 años no hubiera conseguido la emancipación el interesado?º

De otro lado, frente a la imposición establecida por el número 4.º del comentado artículo 14, referente a que la mujer casada seguirá la

condición del marido, se alza la nueva ley proclamando, en rectificación de lo establecido en dichos número y artículo: «El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.

Finalmente, reproduce la nueva Ley, a la letra, lo referido a la adquisición de la vecindad civil, y a que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, con la única alteración de sustituir los anteriores números 3 y 5 por los 5 y 6 respectivamente.

Artículo 16.

Queda en idéntica redacción su número primero, pero suprimidas las particularidades 3.^a y 4.^a7

Se reproduce el número segundo en toda su literalidad.

Se añade un número tercero, como sigue: «Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contratantes hubiera de regir un sistema de separación».

No puede merecer peor crítica el desdichado párrafo primero de este número del artículo 16; es su redacción tan confusa, que obliga a lectura repetida, pues que, de la primera, se extrae la disparatada impresión de que los efectos del matrimonio entre españoles se regulará por la ley española. Solamente nuevas, y más atentas, lecturas aclaran que —en cierto modo a semejanza, en este caso feliz, del tratamiento que da la Constitución en su artículo 3.º a las lenguas españolas— se trata de españoles sujetos a distintas legislaciones civiles de las que coexisten en España.

Igualmente, resulta incomprensible cómo puede el legislador escribir los siguiente: «...la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código civil». Entonces ¿a

qué cuerpo legal corresponde el artículo 9, si en defecto de los criterios en él establecidos debe recurrirse al Código civil?

Resulta penoso constatar como, cada vez más, se deteriora con dislates de inconmensurable calibre la pulquérrima, límpida y castiza redacción originaria de nuestro Código civil.

A manera de anécdota, recordemos que en las redacciones de los antiguos periódicos, existían los llamados «correctores de estilo» cuya misión consistía en pulir, depurar y adecentar sintáctica y semánticamente, los artículos a publicar. Aunque pueda parecer impertinencia, se me ocurre sugerir la contratación de «correctores de estilo» con la misión de adecuar los preceptos legales a los del idioma.

Tampoco hacían falta alforjas para el segundo párrafo del número que nos ocupa (si bien es cierto que en él se aclara lo que pretendía indicar el anterior al referirse a aplicación del Código civil en defecto del artículo 9), teniendo en cuenta que si la ley personal de cada uno de los contrayentes establece el sistema de separación de bienes, hubiera sido duro en tal tesitura imponerles el de la sociedad de gananciales, pongamos como ejemplo. Ahora bien, separación por separación, que sea la que regula el Código.

Artículo 1.066.

Únicamente modifica el inciso final del párrafo primero, sustituyendo su anterior redacción: «Si el interés fuera igual, el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad», por la siguiente: «Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda».

Con un socorrido «al que Dios se la dé San Pedro se la bendiga», borra la redacción del texto cualquier discriminación, no sólo por razón de sexo, sino también por razón de edad.

Artículo 1.267.

Se limita la modificación a la supresión de la referencia al sexo que, para calificar la intimidación, se contaba entre las circunstancias recogidas en la redacción anterior.

Referencia, la anterior, evidentemente inoportuna en los tiempos que corren, pero de notoria importancia en el pasado, dada por supuesta la debilidad de la mujer, que hacía escribir a Manresa: «La ley, ocupándose principalmente del intimidado, dice que se atienda al sexo y a la edad, circunstancias de influencia bien comprensibles en la energía moral». ⁸

ARTÍCULO TERCERO

Dispone la adición al artículo 93 del Código de un párrafo segundo, del tenor siguiente:

«Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»

Tal vez de una lectura rápida y poco meditada podría surgir la impresión de inoportunidad y extravagancia del transcrito párrafo, y ello por los motivos siguientes:

1.º En cuanto la comentada Ley, tanto en su rúbrica como en su Preámbulo, proclama su finalidad de reformar determinados artículos del Código civil, con el propósito de acabar con las discriminaciones que, por razón de sexo, aún en él se hallaban; sin embargo, el párrafo en cuestión no se refiere, ni remotamente, al anunciado objeto de la reforma.

2.º Ocurre que los artículos 92 y 94 —precedente y siguiente del que ha sido objeto de ampliación— se refieren a los hijos que estén bajo patria potestad, y, salvo los casos de incapacidad (Vid. el artículo 171 del propio cuerpo legal), los mayores de edad no lo están.

3.º En qué casos serían de aplicación los artículos 1.609 a 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Acaso, en contestación a las interrogantes planteadas —más concretamente a la segunda y tercera—, podrían reseñarse las dos corrientes, doctrinal y jurisprudencialmente barajadas, que, empero parecer antitéticas, vendrían a puntualizar, finalmente, los distintos supuestos

de aplicación atendiendo a las peculiares circunstancias de cada uno de ellos.

Iniciaremos, pues el comentario por la que pudiéramos llamar tradicional u ortodoxa, recogiendo el parecer de algunos ilustres civilistas, y así:

Para Beltrán de Heredia: «de dos formas, según las situaciones, pueden los padres subvenir a las necesidades de los hijos: mediante el cumplimiento del poder-deber de la patria potestad y mediante el cumplimiento de la estricta obligación legal de alimentos. La primera tiene lugar cuando los hijos no están emancipados y, por estar sometidos a la patria potestad, tienen derecho a ser alimentados, educados e instruidos por sus padres...; la segunda tiene lugar cuando los hijos, una vez emancipados y salidos de la patria potestad, se encuentra en un estado de necesidad. Es, pues, después de la emancipación cuando puede originarse una estricta obligación alimenticia entre padres e hijos prevista en el número 2.º del artículo 143... los padres con respecto a sus hijos no emancipados tiene el deber, no sólo de alimentarlos, sino también de educarlos e instruirlos, es decir, de proporcionarles los medios necesarios para que una vez producida la emancipación puedan valerse por sí mismos... Pero... a pesar del empeño y del fiel cumplimiento de aquel deber por parte de los padres, pueden... los hijos no estar en condiciones de poder atender a sus propias necesidades... y, en consecuencia... tener que ser alimentados por los padres. Surge así la típica obligación de alimentos prevista en el número 2.º del artículo 143, cuyo supuesto de hecho está constituido por los siguientes requisitos: a) emancipación del hijo, b) filiación... c) posibilidad económica en el padre y d) estado de necesidad en el hijo...».⁹

En términos similares se manifiesta Cobacho Gómez, al escribir: «Parece claro que hay que distinguir entre la obligación de mantenimiento de los cónyuges y los hijos menores constante matrimonio, de la obligación de alimentos que surge entre determinadas personas. El deber de proceder de alimentos a los hijos menores de edad es independiente de los bienes que tengan éstos y no tiene el carácter de reciprocidad; sin embargo, en la obligación de alimentos «stricto sensu», sí es necesari-

rio que haya un estado de necesidad y se da la reciprocidad entre alimentante y alimentista». ¹⁰

Abundando en lo expuesto, es de citar el párrafo 1.º del artículo 148, poniendo como condición de exigibilidad la necesidad del alimentista y como momento inicial del abono el de la fecha en que se interponga la demanda.

Ahora bien, ¿qué demanda? Innegablemente la que origina el procedimiento regulado en los artículos 1.609 a 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «De los alientos provisionales», cuyo último artículo, negando la excepción de cosa juzgada a la sentencia dictada en tal procedimiento, deja a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo correspondiente.

Comentando el procedimiento señalado, anota Manresa: «Esta es la regla general que ha de aplicarse —instanciación mediante referido proceso— sin perjuicio de las excepciones que la misma ley establece. En el artículo 1.100, por ejemplo, se determina la forma en que han de darse alimentos a los herederos, legatarios y cónyuges sobreviviente, durante el juicio de testamentaria; los artículos 1.314 y siguientes tratan de los alimentos del concursado, y el 1.916 de los que deben darse a las personas constituidas en depósito. En todos estos casos y en los demás especiales, se observará el procedimiento establecido respectivamente para cada uno de ellos». ¹¹

De entre la abundante jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo, la sentencia de 2 de marzo de 1967 dispone: «...En el aspecto procesal, son notas distintivas de esta institución («De los alimentos entre parientes»): a) la instauración de un procedimiento especial, para su exigencia con carácter provisional, que se regula en el Título XVIII del Libro 2.º de la Ley rrituaria...; b) las consecuencias que, lógicamente y necesariamente, se derivan de la propia especialidad del procedimiento impide a los demandantes acumular acciones que deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, ni oponerse en el acto del juicio, excepciones o cuestiones que desborden la índole del procedimiento que obliga a limitarse a discutir —como expresa el artículo 1.612 de la Ley procesal— la oposición al derecho a los alimentos alegado por el de-

mandante, o la negativa a la obligación, ya de prestarlos, ya de hacerlo en la cuantía que aquél pida, sin poder traerse al campo de la litis, la validez y el alcance de negocios jurídicos ajenos a la materia concreta del juicio, o que exijan pronunciamiento propios del juicio ordinario declarativo».

También argumento sólido, obstaculizador en alguna forma de la vertiente a introducir mediante el nuevo párrafo al artículo 93 del Código, sería la facultad que concede el artículo 149 del propio Código, al obligado a satisfacer alimentos, a recibir y mantener en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

A este respecto, escribe Reverte Navarro: «Desde el punto de vista del alimentante, el recibir en su propia casa al alimentando puede suponer una forma menos gravosa de cumplimiento de su obligación. Parece evidente que el artículo 149 está pensando en la conveniencia económica del obligado al concederle este derecho de optar por una u otra forma de cumplimiento. Y es por esta misma razón por lo que su decisión ha de ser matizada por el criterio del Juez, para que en vista de las circunstancias subjetivas del caso concreto la sola valoración económica no sea decisiva. Habrá el Juez de valorar, esencialmente, si el recibir al alimentado en su casa es conciliable en la vida en común del alimentante y alimentista».¹²

La segunda vertiente observada, se inscribe dentro de parámetros, tal vez, más acordes con la realidad social de nuestro tiempo, que (establecida la mayoría de edad en los 18 años, de una parte, la dificultad de acceso al primer puesto de trabajo para un gran número de jóvenes —mayores de edad legal, pero sin ingreso alguno—, la dedicación a los estudios hasta avanzada la veintena en otros tantos, etc.), imponía al legislador la necesidad de arbitrar cauces adecuados para asegurar medios suficientes de subsistencia y formación integral a los que, si la ley confiere plenitud de derechos, la razón económica les sujeta a la convivencia y dependencia familiares.

Abierto, entonces, el portillo a través de la interpretación jurisprudencial extensiva de la normativa vigente —según se verá en líneas siguientes— principios de equidad —y asimismo de economía procesal—

aconsejaban ventilar y resolver tales cuestiones en un único, rápido y eficaz procedimiento, cual venía a ser el de la separación o divorcio conyugal; habida cuenta de que si en ellos se dilucidan, asimismo, cuestiones relativas a cargas de la familia, que comprenden, obviamente, los auxilios económicos a los hijos menores, ¿qué argumentos podrían esgrimirse, desde postulados de justicia absoluta, para ignorar en dichos procedimientos la suerte de los hijos mayores de edad, que, conviviendo en el domicilio familiar, carecen de ingresos propios?

Al mismo tiempo, y abundando en lo dicho, valga recordar —como resalta Manresa en nota anterior de este trabajo— que no siempre aparece regulado el tema de los alimentos en los artículos 1.609 a 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que la propia Ley regula procedimientos distintos y especiales en determinados casos, de donde no resultaría dislate, ni perturbación alguna, la introducción en nuestro derecho de una nueva fórmula como vendría a ser la del párrafo añadido al artículo 93 del Código civil.

No escapará a la atención del lector que junto a la dificultad de introducir en la demanda de separación o divorcio —o en las medidas provisionales o provisionalísimas— la petición de auxilios económicos para el hijo mayor de edad que, sin recursos, convive en el domicilio familiar, en tanto, a la sazón, situación no regulada por el Código, hallábase el problema relativo a legitimación del cónyuge instante, en orden al ejercicio por sí de acciones correspondientes a persona mayor de edad, de quien carecía de representación legal.

Ambos escollos se resuelven jurisprudencialmente eludiendo la referencia a alimentos —que habrían de ser postulados por el interesado mayor de edad o por su apoderado en el juicio correspondiente— para poner énfasis en el concepto de «cargas familiares» diseñado en el artículo 91 del Código civil.

En punto a lo anterior, puede ser muestra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de diciembre de 1987. En efecto, presentada la demanda de divorcio por los litigantes cuando la hija del matrimonio era menor de edad, vino a cumplir los 18 años con anterioridad a dictarse sentencia en dicho procedimiento, hecho tenido en cuen-

ta en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Audiencia, del tenor siguiente: «Ello no significa que en la sentencia definitiva no quepa hacer pronunciamiento alguno sobre alimentos en favor de la hija que ya ha alcanzado la mayoría de edad. Al respecto, la Sala, de forma reiterada —sentencias de 24 de abril de 1987, 19 y 20 de mayo de 1987, 23 de enero de 1988, entre otras— ha declarado que en estos procesos de separación o divorcio, los padres, si bien no pueden ejercitar en nombre del hijo o hijos mayores de edad no incapacitados, por carecer de legitimación, las oportunas pretensiones en orden a solicitar una cantidad o pensión económica por alimentos, dicha atribución debe y puede entenderse válidamente instada por uno de los progenitores en tanto y cuanto sirve para el levantamiento de las cargas familiares —artículo 91 del Código civil— ya que mientras alguno de los hijos siga económicamente dependiendo de los padres, éstos deben contribuir a su educación y alimentación. Y, aunque existe un proceso específico para determinar su cuantificación por el cauce sumario de los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o mediante su ejercicio en el juicio declarativo correspondiente, por economía procesal y buscando una solución justa a los casos frecuentemente acaecidos en la realidad actual, de que la independencia de los hijos no tiene lugar sino mucho después de alcanzada la mayoría de edad, debe estimarse, cuando se reúnan los requisitos y presupuestos legales, las pertinentes peticiones por este concepto dentro del proceso matrimonial entablado, debiendo puntualizarse que su extinción se operará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Código civil...».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 8 de octubre de 1987, dispone en su Fundamento de Derecho Segundo: «En cuanto a las medidas económicas acordadas en favor de los hijos del matrimonio, deben adoptarse, a juicio de la Sala... las siguientes, por los motivos que se indican: a) en principio, las pensiones reconocidas a los hijos, no son pensiones alimenticias, o alimentos propiamente dichos, sino, mientras vivan a costa de una de los cónyuges, y no se hayan independizado económicamente, son propiamente compensación a las «cargas del matrimonio o de la familia», conforme se expresan, en tal aspecto, los artículos 90-C y 93, del Código civil, los que determinan, por otro lado, la «contribución» que a tales fines, deberá realizar

el cónyuge que salga de ese entorno familiar; b) de la anterior premisa, hay que sacar diversas conclusiones, siendo la primera de ellas, la de que la esposa está legitimada activamente para pedir tal ayuda, y no los hijos, aunque hayan cumplido la mayoría legal de edad, por cuanto es aquélla y no éstos, mientras los mismos permanezcan en la familia, por su falta de independencia económica, y al no salir de ella, la que debe pedir para levantar esas cargas cuya dirección y administración corresponde a la misma; c) otra consecuencia de aquella premisa es la de que la carga no se extingue, sin más, automáticamente, con la llegada de la mayoría de edad de los hijos, indirectamente beneficiarios, pues puede prolongarse por cierto tiempo, que en los usos sociales actuales (que sirven de pauta interpretativa a tales preceptos: artículo 3, párrafo 1.º del Código civil) hacen ampliable la dependencia familiar, por regla general, hasta los 23 años, según se viene interpretando habitualmente por esta Sala y otros órganos judiciales, a menos que se prueba una prórroga a esa edad, y que esta edad es en la que suele establecerse una mayor posibilidad de colocación profesional o laboral de los hijos, debiendo, por otro lado, desaparecer tal auxilio si en ese período el hijo o hijos obtienen colocación o cambian de estado, independizándose de la familia, en cuyos casos, si lo necesitan, tendrán que acudir a la vía alimentaria ordinaria, ya como directamente y únicos beneficiarios».¹³

ARTÍCULO CUARTO

El artículo 159 del Código civil tendrá la siguiente redacción:

«Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio, y en todo caso a los que fueran mayores de doce años.»

Lo que más urge destacar, al iniciar el comentario de este artículo 159, es la gratísima sorpresa que produce verlo tratado y reformado por la Ley que nos ocupa; sorpresa tanto más comprensible si se reseña que en la Proposición remitida por el Senado al Congreso que ahora constituye la Ley 11/1990, no se hacía la más mínima alusión al mismo, no obstante ser uno de los artículos más discriminatorios —en esta oca-

sión para el hombre— de cuantos aún quedaba de parecido jaez dispersos por el Código.

Dicho esto, procede efectuar algunas observaciones:

1.º Contempla el supuesto de hecho la circunstancia de la interrupción de la convivencia de los progenitores, y de su falta de acuerdo en relación a cuál de ellos debe corresponder el cuidado del hijo menor.

2.º Planteadas así las cosas, corresponde decidir al Juez, en interés del hijo, a cuál de los progenitores se debe encomendar la custodia del menor.

3.º No por mera coincidencia, sino por meditada decisión y reflexión en torno a las leyes 11/1981 y 30/1981 —que cita expresamente el legislador— se reitera el criterio implantado por las mismas, ordenando al Juez que, antes de la adopción de cualquier medida, oiga a los hijos que tuvieren suficiente juicio —sobre cuya suficiencia corresponde discernir al propio Juez, como paso previo para acordar o no la audiencia— y, en todo caso, a los que fueren mayores de 12 años. (Edad que, desde las referidas leyes reformadoras del Código civil, se ha fijado como límite genérico y objetivo entre la ingenuidad infantil y la embrionaria madurez de la inicial pubertad).

4.º Evidentemente, el denso contenido del artículo 159 exige unos cauces procedimentales para su necesario discurso; y los tiene, en efecto, en la Disposición transitoria Décima de la Ley 11/1981, estableciendo: «Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: ...2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad... En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria».

ARTÍCULO QUINTO

En el artículo 648, 1.º del Código civil se sustituyen los términos «la honra» por el de «honor».

En los artículos 648, 2.º y 1.924, 2.º, B. del Código civil, se sustituye el término «mujer» por «cónyuge».

En el artículo 754, párrafo primero, se sustituyen los términos «de la esposa» por «del cónyuge».

Con referencia a la reforma del número 1.º del artículo 648, no parece mereciera demasiado la pena el cambio de «honra» por «honor», como se deduce tras consultar el Diccionario de la Real Academia, edición de 1970, en pos de aclaración del respectivo significado de ambos términos. Dice el Diccionario:

Honor. 2. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea. 3. Honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes.

Honra. 2. Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito. 5. Pudor, honestidad y recato en las mujeres.

Siendo, pues, casi sinónimos, no se acaba de ver justificado el cambio, a menos que se trate de armonizar el término modificado con el empleado por la L.O. de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor...

También existe bastante sinonimia en su aplicación a las mujeres, aunque, respecto de ellas, sí puede introducirse un matiz importante. En efecto, hasta aquí —ahora es dudoso que acaezca— una mujer, en lenguaje coloquial, podía ser deshonrada. Sin embargo, no he oído jamás que fuera, con ocasión del mismo hecho, aludida como deshonrada.

Para terminar el casi literario comentario, y no negando pueda haber cierta diferente significación entre deshonor y deshonra, la mutación operada ni aclara, ni desvirtúa, ni hace más preciso o inteligible el párrafo referido del artículo de que se habla.

Ningún comentario exige, como no sea destacar su coherencia con el propósito de la Ley, el retoque que, la en estudio, hace a los artículos 648, 2.º; 1.924, 2.º, B, y 754 del Código civil.

ARTÍCULO SEXTO

Dedicado al artículo 756 del Código civil sobre causas de indignidad, se limita a sustituir la redacción de su número 1.º, por la siguiente: «Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

ARTÍCULO SÉPTIMO

Laconismo en extremo, se limita a decir: «Queda suprimido el último inciso del artículo 852 del Código civil».

Laconismo que más parece excusa, o carencia de argumentos, para justificar dicha supresión, sobre todo si leemos el suprimido inciso: «Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador».

Seguramente se me podrá tildar de escasamente progresista en este punto, pero, para mí, la causa recogida en el suprimido inciso es más que suficiente para merecer la desheredación.

ARTÍCULO OCTAVO

Igual de lacónico que el anterior, declara suprimida la causa 3.ª del artículo 843 del Código civil que, en su extinta redacción, tenía por causa de desheredación: «Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución».

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

«La mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición de su marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil, en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley.»

La disposición es adecuada, en cuanto permite enmendar situaciones creadas en base a un imperativo legal, como era el del inciso primero del número 4.º del artículo 14 del Código civil, cuando ese imperativo legal ya no existe.

En cualquier caso, habrá de ser precisos en el cómputo del plazo concedido, pues que, olvidando la «vacantio legis», el plazo de un año para decidir comienza a correr, no desde la entrada en vigor de la ley, sino desde su publicación en el B.O.E. de 18 de octubre corriente.

CONSIDERACIONES FINALES

1.^a Por arcanas razones, y empero la reforma del Código civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, sigue vigente, en su totalidad, el Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite expresamente la Disposición Adicional 4.^a de la citada Ley de 7 de julio, en un tenaz empeño por mantener la anacrónica referencia a la mujer casada; discriminación que el probado buen juicio del intérprete suele corregir en la práctica, y que, asombrosamente, no ha merecido atención alguna correctora en reformas legales posteriores, incluida la presente.¹⁴

2.^a Lo propio podría predicarse respecto del artículo 980 del Código civil, asimismo ignorado en la presente Ley, no obstante referirse expresamente al viudo, y no al viudo o a la viuda, como los que le preceden.

3.^a Y ya enmendados los referidos artículos, y algunos otros no citados pero también menesterosos —aunque no viniera al caso en atención al propósito de la Ley que comentamos—, no hubiera resultado censurable la adecuación a los cambios últimamente producidos, de bastantes artículos del Código civil, y sirvan como ejemplo, las referencias al protutor que todavía «colean», o al tutor cuando se debiera decir curador.

4.^a No en este caso, pero sí en muchas recientes leyes, se vienen anunciando reformas que, o tardan en exceso o nunca se realizan, así, como cuando se establece, v. gr., «hasta tanto se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil...» y otras muchas de este estilo que, resaltando la provisionalidad de lo hecho, conllevan el doble defecto de perpetuar lo transitorio y de incumplir lo ofrecido. Valga, pues, esta digresión, para criticar una práctica que se debe, de inmediato, desterrar.

5.^a Últimamente, y empero no agotadas las observaciones posibles a la Ley 11/1990 —más bien, por el contrario, apuntadas sólo las de mayor relieve— es menester, porque tiempo y espacio mandan, dejar, hasta aquí, este comentario.

NOTAS:

1. La Proposición de Ley, con más clásico talante, se iniciaba con una Exposición de Motivos, y constaba de sólo seis artículos.
2. En la proposición sólo se pretendía la modificación de los apartados 2 y 3 del artículo 9.
3. En esta ocasión parece procedente el estudio conjunto y comparativo de los apartados 2.º y 3.º del artículo 9.
4. Establecen tales directrices, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los registros de 7-12-1949; 19-6-1943; 7-4-1952. Vid. también sobre este punto: A. Miaja de la Muela. *Derecho Internacional Privado*. T. II. Madrid, 1957, quien realiza breve pero enjundiosa reseña del estado de la cuestión en aquel momento.
5. En la Proposición no se modificaba, ni se hacía referencia alguna al artículo 16 del Código.
6. Seguramente, alguna de las interrogantes apuntadas podrían ser contestadas mediante recurso analógico a la 18/1990 sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, a cuyo artículo 20, n.º 2, apartados a/, 6/ c/ y d) sobre formulación de la declaración de opción, nos remitimos.
7. No me resisto a reproducir, del trabajo que está siendo objeto de reforma, los siguiente: «Extraña sobremanera que la Proposición de Ley en examen no haga referencia alguna modificativa al artículo 16, ignorando los Estatutos de Autonomía de algunas regiones (v.gr. artículos 7,1.º y 9 del de Cataluña), y las Compilaciones de Derecho foral existentes. Modificación que exige, fundamentalmente, la regla 1.ª del número 1.º de dicho artículo 16, al establecer que será ley personal la determinada por la ley civil; párrafo consecuente con el mandato, que se elimina en la Proposición, insito en el número 4.º del artículo 14 del Código relativo a que la mujer adquiere la condición del marido, pero fuente de conflicto desde la perspectiva de la nueva pretendida redacción».

Como nota a este párrafo, se escribía: «Más que como pura anécdota, podría plantearse la hipótesis de matrimonio, sin otorgar capitulaciones, contraído por personas sujetas una al Derecho común y otra al Derecho foral catalán, decidiendo ambas conservar su respectiva vecindad. Establecidos regímenes económico-matrimoniales distintos —gananciales y de separación— ¿qué ley sería de aplicación, caso de separación o disolución del matrimonio, relativamente al régimen económico del matrimonio, la común o la foral?»

Participe, sin duda, el legislador de esta misma preocupación, ha procedido a poner remedio a la cuestión, introduciendo también el artículo 16 en el saco de la reforma, consciente de la imprescindibilidad de su modificación y adaptación a la actual circunstancia.

8. J.M. Manresa Navarro. *Comentarios al Código civil español*. T. VIII. Pág. 598. Madrid, 1929.
9. Beltrán de Heredia. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigido por Albaladejo. T. III, V.2. Pág. 38.
10. Cobacho Gómez. *La deuda alimenticia*. Págs. 11-12. Madrid, 1990.
11. Manresa Navarro. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. VI. Pág. 69. Madrid, 1910 (nótese que las personas constituidas en depósito son ahora las beneficiarias de las medidas provisionalísimas, provisionales y, en general, de las adoptadas en los procedimientos de separación y divorcio).
12. Reverte Navarro. *La Intervención judicial en las situaciones familiares*. Pág. 140. Murcia, 1980. Adulciguando el rigor del artículo 149, multitud de sentencias, alguna de las cuales cita Reverte.
13. En la misma línea que las sentencias reseñadas, se inscriben, entre otras, la de 5 de marzo de 1984 de la Audiencia Territorial de Oviedo, y la de 9 de noviembre de 1986, de la Audiencia Territorial de Cáceres.
14. L.F. Saura Martínez. «De los efectos y medidas provisionalísimos en la Ley 30/81». Revista *Justicia*. Pág. 70. 1982.

**RESÚMENES DE
TESIS DOCTORALES**

Informática jurídica, lenguajes documentales y técnica legislativa

JOSEP AGUILÓ REGLA

Este trabajo, que trata de presentar una teoría general de los sistemas automáticos de documentación jurídica, se propone tres objetivos básicos. El primero es el de proponer una determinada sistemática desde la que poder abordar de forma coherente y no excesivamente fragmentada toda la problemática que gira en torno a la informática jurídica documental. El segundo es el de aportar una terminología más rigurosa que permita superar imprecisiones y ambigüedades presentes en el lenguaje del proceso de datos jurídicos. Y el tercero es el de mostrar algunas limitaciones y disfunciones concurrentes en la documentación jurídica automática, así como proponer algunas vías de superación de las mismas.

Para la consecución de estos tres objetivos he dividido el trabajo en cinco capítulos. En el primero de ellos he introducido *Algunas nociones informáticas* con el fin de aclarar el uso que a lo largo del trabajo se hace de ciertos términos y expresiones. Así, entre otras, se repasan las nociones de sistemas de información; campo, registro y fichero; magnitudes aplicables a los ficheros; proceso y organización de ficheros, y base de datos y banco de datos.

En el capítulo segundo, que gira en torno a lo que podría llamarse «aspectos estructurales» de los sistemas automáticos de documentación jurídica, he abordado el estudio de los datos jurídicos, lo que ha implicado detenerse, por un lado, en las características jurídicas y documentales de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, y, por otro, en las propiedades y la organización de los ficheros que contienen

a los referidos datos. Asimismo, en este capítulo, he abordado cuestiones tales como el problema del análisis y el formato de los documentos jurídicos, los métodos de indexación de los documentos, los elementos de la ecuación de consulta (las variables, los operadores lógicos —conjunción, disyunción incluyente, disyunción excluyente y negación—, los operadores sintácticos —contigüidad fija, contigüidad libre, frase, párrafo y control de orden y distancia—, los paréntesis y las funciones —de enmascaramiento, selectivas, thesaurus y de ayuda—) y las reglas sintácticas que rigen su uso (secuencias autorizadas).

En relación con lo anterior, el capítulo supone un cambio de perspectiva. En él he tratado de afrontar todas las cuestiones de naturaleza lingüística que plantea el proceso de datos en lenguaje natural, en general, y de datos jurídicos, en particular. Para ello, tras aclarar el uso que se hace en el texto de ciertos términos tomados de la lingüística, he procurado analizar el lenguaje jurídico o, mejor dicho, el vocabulario del lenguaje de los documentos jurídicos, aislando los distintos subconjuntos de términos que pueden distinguirse en función del papel y de la relevancia de los mismos a la hora de construir un lenguaje documental en el campo del Derecho. Asimismo, he procurado precisar la noción de lenguaje documental y mostrar las distintas posibilidades de coordinación lingüística que estos lenguajes ofrecen. Todo ello desemboca, finalmente, en un estudio pormenorizado de los thesauri. Así, aparte de intentar aclarar su concepto y de mostrar las clasificaciones más importantes, me he detenido en el análisis de sus dos elementos estructurales: el vocabulario (criterios de selección de las palabras clave, representación de las relaciones sintagmáticas y reglas gramaticales que le son aplicables) y las relaciones paradigmáticas (tanto semánticas —lógicas y sistemáticas— como morfológicas).

En el capítulo cuarto, he tratado de mostrar y describir un número suficientemente representativo de sistemas automáticos de documentación jurídica existentes y realmente operativos. Ello me ha llevado a dar un repaso a la situación de la informática jurídica en Italia, Francia, Estados Unidos y España.

En el capítulo quinto, me he centrado en el estudio de la legislación como dato jurídico. La razón de ello radica en que en la documenta-

ción automática de legislación subsisten problemas y disfunciones que no se presentan en la documentación de los otros datos jurídicos por lo que me ha parecido oportuno otorgarles un tratamiento autónomo. La idea principal que se recoge en este capítulo es la de que muchas de las disfunciones que concurren en la documentación de legislación tienen su origen en insuficiencias del objeto de la automatización y no del instrumento. Es decir, son insuficiencias del derecho y no de la informática; lo cual lleva a pensar que la contribución informática a la documentación de legislación ha llegado a un cierto límite más allá del cual no cabe esperar ningún cambio relevante. A partir de este planteamiento, se vincula a la informática jurídica legislativa tanto con la técnica legislativa como con la informática parlamentaria. La primera de estas vinculaciones viene dada por el hecho de que, como se muestra en el texto, una de las vías para superar estas disfunciones es la modificación de la técnica legislativa. En otras palabras, se sostiene que dentro del test de calidad que parece que todo texto legal debería pasar hay que incluir también requisitos en vistas a su futura documentación. A este planteamiento responden los apartados de recomendaciones de técnica legislativa que se hacen tanto en el nivel de la racionalidad lingüística (destinadas a controlar, por un lado, el vocabulario utilizado por el legislador, ya que de él se extraerá el vocabulario documental; y, por otro, el tamaño, la estructura y el contenido de los artículos, ya que éstos constituirán las unidades documento del sistema documental) como en el nivel de la racionalidad jurídico-formal (destinadas a alcanzar el objetivo de determinar el sistema jurídico vigente y, para ello, tratan, por un lado, de eliminar el sobrante de enunciados normativos, y por otro, de conseguir integraciones autorizadas de los textos vigentes).

La segunda de las referidas vinculaciones viene dada porque entre la informática parlamentaria y la informática jurídica legislativa puede definirse una relación sistemática vertical, donde la primera constituye el miembro superior y la segunda el miembro inferior. La importancia de esta relación se debe no tanto a razones de tipo conceptual, cuanto a razones de tipo estratégicos: si los parlamentos o sus servicios de documentación empiezan a gestionar sistemas automáticos de documentación de legislación, parece razonable pensar que será más fácil implicar al legislador en la superación de las disfunciones antes aludidas.

Este es, pues, aparte de una introducción, un capítulo de conclusiones y un apéndice bibliográfico, el esquema sobre el que se sustenta la presente tesis. Pero aquí, no quiero dejar de referirme a dos cuestiones que, si bien no aparecen expresamente desarrolladas en la tesis, si la subyacen de manera tácita. La primera concierne a la relevancia del tema. No se trata, evidentemente, de justificar la importancia de la informática jurídica, pues darla por supuesto no resulta ni mucho menos arriesgado; sino más bien de justificar la importancia de la informática jurídica documental frente a otros sectores de la informática jurídica. Ello es relevante porque, como se dice en la Introducción, desde hace algún tiempo, en la literatura iusinformática se observa una cierta tendencia a desplazar el centro de atención de la informática jurídica documental a la informática jurídica decisional (sistemas expertos). De alguna de esta literatura parece derivarse, además, la impresión de que los sistemas expertos en el campo del Derecho constituirían, de algún modo, una superación de los sistemas automáticos de documentación jurídica, dado que para construir un sistema experto sobre una rama del derecho es condición necesaria disponer de todos los enunciados jurídicos válidos que forman esa rama; esto es, es condición necesaria haber resuelto el problema documental. Pero, en mi opinión, tal impresión resulta engañosa. En efecto, los sistemas expertos hasta hoy diseñados en el campo del Derecho operan sobre subsistemas jurídicos (especialmente seleccionados) en los que llegar a determinar el conjunto de enunciados válidos no se presenta como problemático. Por ello, me parece que los sistemas expertos no superan el problema documental. Resaltar esto es importante por una razón: con sistemas expertos o no, el objetivo documental de llegar a determinar el conjunto de enunciados que expresan el sistema jurídico vigente no se ha alcanzado aún y, en consecuencia, difícilmente puede hablarse de superación de la informática jurídica documental. Naturalmente, siempre cabe abandonar el referido objetivo y fijarse otros nuevos, pero, en mi opinión, es importante no olvidarse del carácter instrumental de la informática y, por tanto, no perder de vista a la demanda final. Y, en este sentido, a mi juicio, la demanda de «documentación automática» es hoy por hoy muy superior a la demanda de «interpretación automática».

La segunda de estas cuestiones está relacionada con el papel de la teoría del Derecho dentro de la informática jurídica documental. Lo interesante aquí es mostrar que cuando la informática jurídica documental se propone objetivos realmente ambiciosos, entonces ineludiblemente se llega a un punto en el que los problemas que se presentan abandonan el ámbito técnico-informático para situarse en el interior de la teoría del Derecho y que es en este terreno en el que los juristas podemos contribuir al progreso de este sector. Si se da un repaso somero al presente trabajo se observará que, de manera más o menos desarrollada, han ido apareciendo cuestiones tales como la interpretación de la ley y las fuentes del Derecho, las relaciones entre los conceptos jurídicos, el lenguaje jurídico, la contaminación legislativa, la relación entre enunciado normativa y norma, los tipos de enunciados en el Derecho, los conceptos de ordenamiento jurídico y sistema jurídico, la dinámica jurídica y la derogación, etc.; todas ellas cuestiones centrales de la teoría del derecho. Con todo ello, lo que trato de poner de manifiesto es, por un lado, que el desarrollo de una adecuada teoría del derecho es fundamental para el progreso de la informática jurídica documental, y, por otro, que ésta última constituye una nueva vía desde la que poder abordar viejos problemas, así como un banco de pruebas para valorar la resistencia de las distintas teorías jurídicas.

«La configuración del estado de derecho en España: la realidad normativa en los orígenes del constitucionalismo histórico»

JOSE F. CHOFRE SIRVENT

De todos es conocido la gran cantidad de estudios que se han llevado a cabo, desde diferentes enfoques, sobre la Constitución de 1812. Pudiera pensarse que detenerse de nuevo en el análisis de nuestro primer texto constitucional sería una tarea redundante. Sin embargo, a pesar de la abundancia de las investigaciones realizadas, existe un aspecto que es básico y que, sorprendentemente, no ha sido objeto de detenido análisis por los autores. Nos referimos a la configuración del sistema normativo verdaderamente existente durante la vigencia de la Constitución de 1812.

La cuestión de referencia ha estado permanentemente rodeada de gran confusión tanto en el mismo origen del constitucionalismo como en los tiempos actuales. Por lo que se refiere al origen del constitucionalismo destaca por su especial trascendencia el debate que, recién reinstaurado el régimen constitucional en 1820, se planteó en las Cortes acerca de si será objeto de «ley» («decreto de Cortes con carácter de ley») o de «decreto de Cortes» («decreto de competencia exclusiva de las Cortes») el asunto relacionado acerca de si ha de volver a entrar en la sucesión de la Corona el señor Infante don Francisco de Paula y S.M. doña María Luisa, gran duquesa de Luca.

Y por lo que se refiere a la actualidad téngase presente, que cuando en los años 1810-1814 no es posible, en puridad de conceptos, afirmar que existen «leyes» la mayoría de los autores señalan, sin el menor respeto a las formas jurídicas, que durante el citado periodo las Cortes ela-

boraron y aprobaron «leyes» y «decretos»; y otros autores vienen a declarar sin el menor reparo que la «ley» es la norma «primaria y absolutamente incondicional» en el ordenamiento jurídico implantado en Cádiz.

Estas circunstancias, sin duda, vienen a subrayar con mayor énfasis el alto nivel de desconocimiento que existía en la propia época y en los tiempos actuales sobre la verdadera realidad normativa existente durante la vigencia de la Constitución de Cádiz, y el desinterés que por parte de la doctrina se le ha dispensado. En la presente tesis doctoral nos hemos ocupado modestamente de evidenciar dicho desconocimiento, así como intentar aportar algunos elementos que contribuyan a clarificar los aspectos confusos que han rodeado, y continúan rodeando, la configuración del referido sistema normativo.

Para alcanzar el objetivo propuesto en la realización del presente estudio, se ha creído conveniente distinguir dos partes, aunque complementarias; en primer lugar, se realiza un análisis formal basado en el examen del cuerpo doctrinal y teórico que subyace a las discusiones parlamentarias y su concreción en el sistema normativo establecido en la Constitución de Cádiz; y, en segundo lugar, se lleva a cabo un análisis material, que se construye exclusivamente ateniéndose a la producción normativa verdaderamente elaborada y aprobada por las Cortes en los diferentes períodos en los que ha estado vigente la Constitución de 1812. Como bien puede observarse, la ausencia de una de ambas perspectivas de análisis dejaría el trabajo incompleto. La complementariedad es, por tanto, ineludible; nos permitirá constatar si el contenido de las disposiciones constitucionales y reglamentarias, así como su conceptualización, son observadas fielmente en la práctica normativa, o si, por el contrario, ésta contradice aquéllas.

Pero es que, además de las dos partes que integran este trabajo y que constituyen el cuerpo principal del mismo, se ha considerado fundamental aportar como pruebas concluyentes de las tesis mantenidas en este estudio un Apéndice en el que se contiene con carácter exhaustivo toda la producción de normas aprobadas por las Cortes durante los períodos 1810-1814, 1820-1823 y 1836-1837. La realización de este Apéndice constituye una novedad de indudable interés al ser la primera codi-

ficación de todas las normas emanadas por las Cortes en una etapa clave de transición del preconstitucionalismo al constitucionalismo.

Las principales conclusiones que se derivan de esta tesis doctoral son las que a continuación exponemos resumidamente:

Primera.—El nacimiento del sistema constitucional en España va a dar lugar al inicio de un largo proceso que se prolongará hasta 1837 y que producirá finalmente una ruptura total con respecto al Antiguo Régimen. Ruptura que no tiene lugar en su más amplio sentido durante la vigencia de la Constitución de Cádiz, como inicialmente pudiera pensarse, sino a raíz de la aprobación de la Constitución de 1837, que pone fin a la transición de la monarquía absoluta al Estado liberal.

Segunda.—Como consecuencia de la influencia que el Antiguo Régimen vino ejerciendo sobre la configuración del sistema normativo que surgió con la Constitución de Cádiz, es preciso señalar que «la transición del preconstitucionalismo al constitucionalismo» es seguramente la mejor forma de definir, desde la perspectiva jurídico política, el período de referencia. Nos encontramos, pues, en una fase de transición entre un Estado estamental, que se encuentra apurando sus últimos momentos de existencia, y un Estado constitucional, que, superando no pocas e importantes dificultades, lucha por consolidar su situación. En definitiva, pues, el Estado y el Derecho que emerge en los comienzos del siglo XIX pudiera decirse que suponen un «Orden jurídico-político de transición».

Tercera.—El fin de la transición del Antiguo Régimen al estado constitucional se refleja con carácter definitivo en la distinta configuración del sistema normativo. En otras palabras, con la aprobación de la Constitución de 1837 desaparecen las diferentes clases de «decretos de Cortes», y el Poder legislativo elaborará exclusivamente, como norma única, «leyes», categoría genuina y propia del Estado constitucional.

Cuarta.—El modelo de la ley (o más propiamente «decreto de Cortes con carácter de ley», distinguiéndolo de los demás decretos que las Cortes tienen facultad de aprobar) que configura la Constitución de Cádiz, a pesar que las Cortes ocupan una posición de predominio absolu-

to en la estructura del Estado, no ostenta el valor de norma suprema del ordenamiento jurídico, porque su campo de acción está acotado por las materias reservadas a los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes». La ley, por tanto, no lo puede todo, y lo que puede no es lo más importante. Y es más, concurre la significativa circunstancia de que la ley no es expresión directa y exclusiva de la soberanía nacional, ya que para su formación es precisa la concurrencia de la voluntad del Rey y de las Cortes, mientras que, por el contrario, los «decretos de competencia exclusiva de las Cortes» sí expresan auténticamente la voluntad de la nación, al no intervenir el Rey mediante la sanción.

Principios y fundamentos del Derecho público del deporte

GABRIEL REAL FERRER

El deporte constituye, sin duda uno de los fenómenos sociales y económicos más importantes de los aparecidos en este siglo. Tanto en su vertiente de práctica personal, ocasional o cotidiana, como en su aspecto de espectáculo de masas, el deporte suscita el interés creciente de los ciudadanos y en su entorno se genera un complejo entramado de relaciones jurídicas de singulares características no suficientemente estudiadas.

Por su parte, los poderes públicos destinan recursos cada vez mayores al atendimento de las demandas colectivas en este campo, lo que se traduce en la emergencia de un buen número de órganos de la llamada Administración deportiva en los niveles estatal, autonómico y local.

Por si ello fuera poco como para despertar el interés de los juristas, el deporte se organiza como un cuerpo social homogéneo dotado de su propia normación, configurándose como un afinado ejemplo de un ordenamiento jurídico espontáneo y con pretensión de autonomía. No obstante, el campo de las actividades deportivas y las estrechas relaciones existentes entre dos universos aparentemente tan dispares como son el Derecho y el Deporte, vienen siendo cuestiones que, a salvo de notables excepciones, son sistemáticamente desasistidos por la doctrina científica, atenazada, por un cúmulo de prejuicios que tienden a considerar como una «cuestión menor» este campo del actuar humano.

Este relativo abandono tiene su reflejo en la aparatosa ausencia de criterios seguros con los que abordar muchos de los singulares conflictos que plantea el derecho deportivo, ante los cuales, se estremece la

ortodoxia. Incluso la propia consideración del acceso a su práctica como uno de los nuevos derechos fundamentales de carácter social, se manifiesta como una cuestión escasamente debatida frente a la que las legislaciones nacionales se muestran titubeantes.

En este contexto se sitúa este trabajo que tiene como objetivo el colaborar en la construcción de un *corpus* teórico que permita abordar esta faceta de lo jurídico con un suficiente bagaje conceptual. En este sentido, el punto de mira se centra en las responsabilidades que, al respecto, atañen a los poderes públicos y en intentar alumbrar los principios que inspiran a la que es su herramienta de intervención en la materia: El Derecho Público del Deporte.

Desde el punto de vista sistemático, el trabajo se estructura en cuatro capítulos. El primero se destina a fijar conceptualmente lo que, de suyo, constituyen las premisas para abordar el análisis de la cuestión, a saber, ¿qué debemos entender por deporte?, ¿cómo se estructura socialmente?, ¿qué caracteres distinguen al ordenamiento jurídico que le resulta propio?, y, por último, ¿cómo se articulan las relaciones entre esos dos complejos normativos que son el deporte y el derecho del Estado? También se adelanta una definición, en este primer capítulo, de lo que entendemos por Derecho Público del Deporte: aquel conjunto normativo constituido por las disposiciones emanadas de los distintos poderes públicos, mediante las que se imponen u orientan las conductas de los agentes deportivos en un sentido comunitariamente relevante.

El capítulo segundo se destina al análisis comparado de distintos sistemas jurídico-deportivos nacionales que, por una u otra razón, resultan relevantes en el contexto económico-social en el que se incardina nuestro modelo de intervención. Los sistemas examinados son: Francia, Gran Bretaña, Alemania, Italia, Estados Unidos, Canadá y Australia.

En el tercero de los capítulos se establecen los antecedentes de nuestro actual modelo deportivo rastreando las actuaciones públicas realizadas en nuestro país y deteniéndose, singularmente, en el modelo rigurosamente intervencionista que periclita con la Constitución del 1978. Se analiza aquí, también, la «transición deportiva» que, plagada de dificultades, debe concluir con la aprobación de la Ley del Deporte de 1990.

El cuarto y último capítulo tiene por objeto la descripción de los rasgos más característicos de nuestro actual Derecho Público del Deporte desde la óptica constitucional, destinándose buena parte del mismo al estudio de la naturaleza e intensidad de las obligaciones públicas en el sector y a adelantar criterios en torno a los complejos mecanismos de atribución de competencias entre las distintas instancias públicas. Finalmente se justifica el título del trabajo tratando de explicitar alguno de los principios inspiradores de este particular cuerpo normativo.

El Régimen jurídico de la prestación por desempleo en el ordenamiento español

CARMEN VIQUEIRA

La gravedad del fenómeno del desempleo está, sin duda, presente en la conciencia social, sobre todo en nuestro país que ostenta la tasa de paro más alta y la tasa de actividad más baja de Europa. Por lo demás, el problema del desempleo ha sido acometido, por lo que a la política social se refiere, en torno a dos líneas de actuación. Por una parte, procurando la creación de empleo, y, por otra facilitando protección frente a la situación de necesidad que el desempleo genera. La dificultad constatada que conlleva la primera línea apuntada hace que aumente, para los trabajadores y para los operadores jurídicos, la importancia de la protección otorgada por la Seguridad Social.

El trabajo analiza pormenorizada y unitariamente el régimen jurídico de la más genuina de las medidas previstas en el sistema español de la Seguridad Social con aquella finalidad: la prestación por desempleo en el nivel contributivo de la protección.

La reforma legislativa operada en 1984 mediante la promulgación de la Ley de Protección por Desempleo, si bien no ha supuesto un cambio radical en el tratamiento tradicional del tema, sí ha venido a alterar, sin embargo, numerosos y fundamentales aspectos de la normativa precedente. Este hecho, unido a la novedad de la regulación normativa y a la ausencia de trabajos de investigación con un tratamiento unitario y completo, así como de líneas jurisprudenciales asentadas, justifica, sobradamente, el estudio de un tema que se ha convertido en objeto permanente de debate en las sociedades occidentales.

Por la propia naturaleza de su objeto, el estudio presenta un contenido netamente jurídico y referido exclusivamente el derecho español.

Por ello, tras una previa y deliberadamente esquemática reflexión acerca de la configuración del fenómeno del paro, que desemboca en la descripción de los distintos sistemas institucionales de protección, se entra directamente en el examen del régimen jurídico de la prestación.

En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, y pese a la sustancial mejora que, por lo que se refiere a técnica legislativa, ha supuesto la Ley de Protección por Desempleo, el régimen jurídico de esta institución plantea multitud de problemas que, contemplados aisladamente, como se ha venido haciendo en relación con alguno de ellos, son de difícil solución por la deficiencia que implica la ausencia de una perspectiva de conjunto de dicho régimen jurídico, dada la interconexión existente entre los diversos aspectos que lo configuran. Ciñéndonos a los problemas fundamentales, huyendo, pues, de una mera descripción lineal del contenido del trabajo, pueden destacarse los siguientes aspectos.

La determinación de los sujetos protegidos ha obligado a adentrarse en esos «temas límite» entre el derecho del Trabajo y otras disciplinas jurídicas (como, por ejemplo, sucede con los emigrantes retornados o los penados liberados), y ha exigido una labor de clarificación de la muy profusa normativa reguladora de los regímenes especiales. Se obtiene así, frente a la aparente claridad normativa en la delimitación del ámbito de la protección, un complejo panorama no sólo de inclusiones y exclusiones, sino también de gradaciones en cuanto al nivel de efectividad de la cobertura.

Los sujetos incluidos en el ámbito de protección y su determinación ha requerido, por otra parte, que se lleve a cabo una compleja labor de delimitación de la situación legal de desempleo, y, por tanto, el examen pormenorizado de las distintas situaciones que la ley enumera, así como de los medios acreditativos de estas, tras el cual se pone de manifiesto que la nueva normativa, pese a su pretendida exhaustividad, adolece de graves lagunas.

Desde una óptica organicista, se plantea la problemática que conlleva cada una de las fases por las que atraviesa la vida de la prestación desde su nacimiento, procediendo a la clarificación de determinados aspectos procedimentales insuficientemente tratados en la normativa. Cabe

aquí destacar la tarea de sistematización de las causas de extinción y suspensión, a partir de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Se distingue, por un lado, aquellas suspensiones o extinciones que traen su causa de la particular situación del desempleado frente al mercado de trabajo, y, por otro, aquellas otras que tienen una clara naturaleza sancionadora. Con base en esta distinción, se efectúa también el análisis de los muy distintos efectos jurídicos que en cada caso se siguen, en especial, con respecto a la eventual reanudación del derecho a la prestación.

Especialmente clarificadora resulta la construcción que se realiza de una teoría unitaria en orden a la solución de la concurrencia o acumulación de suspensiones, ante la absoluta imprevisión normativa al respecto. Allí, tras realizar un original diseño de la tipología de la acumulación de suspensiones, distinguiendo, por un lado, la acumulación por intersección frente a la acumulación por inclusión, y, por otro, la acumulación homogénea frente a la acumulación heterogénea, se analiza el momento y el modo en que ha de producirse la reanudación del derecho, así como la cuantía y duración de la prestación reanudada.

Tras exponer la dinámica general de las reglas que rigen la determinación de la cuantía y duración de la prestación (esto es, qué cotizaciones son computables, cómo se delimita el período previo de cotización y el período en el cual las cotizaciones deben encontrarse comprendidas), se aborde el tratamiento de aquellas otras prestaciones que podrían calificarse de complementarias de la de desempleo (asistencia sanitaria, abono de cuotas a la seguridad social, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales).

Finalmente, se realiza un exhaustivo y pormenorizado estudio de los supuestos de compatibilidad o incompatibilidad de la percepción de esta prestación con la obtención de otras prestaciones de la seguridad social o con el trabajo lucrativo.

La solución de éstas y otras cuestiones constituyen el objeto del trabajo, pero éste no se limita a una mera descripción y resolución de problemas puntuales. De él pueden extraerse consideraciones generales tanto de lege data como de lege ferenda. En este sentido, se denuncia y se

aprecia a lo largo del trabajo la inadecuación del sistema de protección vigente. Como se sabe, tradicionalmente, la normativa ha venido manteniendo un sistema de protección deudor del más genuino esquema del seguro, y cuya funcionalidad se ciñe a las situaciones de paro friccional, resultando, por tanto, inadecuado para la protección de cualquier otro tipo de desempleo. De aquí que se ponga de manifiesto que la muy distinta configuración del fenómeno del desempleo, caracterizado ahora por su intensidad y por originar situaciones de prolongada permanencia en el tiempo, debiera haber encontrado como respuesta una consecuente remodelación del mecanismo de la protección.

**tesis doctorales leídas
desde el curso 85-86
hasta el curso 89-90**

DESANTES REAL, Manuel
La competencia judicial en la Comunidad Europea

ASENSIO MELLADO, José María
La prisión provisional

URÍA RODRÍGUEZ, Francisco
Derecho Público del suministro de energía eléctrica

SANTANA MOLINA, Manuel
La Diputación Provincial en la España decimonónica

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José
La Ley Penal en el espacio. Teoría general y análisis de la legislación española

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio
El Defensor judicial

AGUILÓ REGLÁ, José
Informática jurídica, lenguajes documentales y técnica legislativa

SAÍZ LÓPEZ, Victoriano
Receptum Argentariorum

VIQUEIRA PÉREZ, Carmen
El Régimen jurídico de la prestación por desempleo en el Derecho Español

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa

El principio de mutalidad y su incidencia sobre el régimen jurídico-económico de las Sociedades Cooperativas

MORENO CANOVES, Antonio

Régimen jurídico del litoral

CHOFRE SIRVENT, José F.

La realidad normativa en los orígenes del Constitucionalismo Histórico Español

REAL FERRER, Gabriel

Derecho público del deporte

MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, José María

La nulidad de actuaciones en el Derecho Civil

GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida

Receptum Arbitrii

