

RECENSIÓN A FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: A PROPÓSITO DE JURISDICCIÓN – CONTENCIOSA Y VOLUNTARIA- Y ARBITRAJE EN DERECHO ROMANO

Juan Miguel Alburquerque

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Córdoba

Nos proponemos destacar ahora de forma sumaria, algunas perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales, con especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*.

A nuestro propósito, un relieve fundamental hay que atribuir a la obra de Antonio Fernández De Buján, *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*¹. Editorial Iustel.

¹ Este estudio realizado por el A., se integra en el marco del Proyecto de Investigación, SEJ2005-08535, cuyo investigador principal es Antonio Fernández De Buján, titulado: <<La reforma de la jurisdicción voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro, derecho comparado>>. Financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia. Entre las publicaciones de interés en materia de jurisdicción voluntaria véase ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN: DERECHO ROMANO, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. *A propósito de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id. *Diferencias entre los actos de jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Jurisdicción voluntaria"*, en *D. 1.16.2.pr.*, Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215. DERECHO ACTUAL, Id. *"La Jurisdicción Voluntaria"*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción voluntaria 2001*. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp. 329-342; Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; Id. *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005; Id. *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, La Ley 23 de marzo de 2005 pp. 1-9; Id. *Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro*. Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo, 2005. Por último, señalar que el Autor es Vocal de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. 2002-2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo Autor, *Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 8ª edición, Madrid 2005; Id. *"Contribución al estudio*

Biblioteca Jurídica Básica. Madrid 2006, 241 págs. “Eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo...,” representa una expresión del Autor, que, en mi opinión, refleja el reconocimiento de una realidad jurídica y una línea de estudio no exenta de complejidad, pero científicamente abordada por él, con devoción y entusiasmo, al profundizar y analizar los perfiles de reflexión del trazado procesal jurídico-histórico, dogmático, y las perspectivas más contemporáneas revestidas de realidad y necesidad social indiscutible. La interpretación del proceso romano que nos ofrece el Autor, con resultados sumamente atendibles y señales elocuentes de ajustada conexión con las perspectivas procesales positivas de los diferentes ordenamientos jurídicos actuales, supone, también a mi juicio, el reconocimiento de una realidad visible que en pocas ocasiones se ha manifestado tan minuciosamente en la manualística existente. El A., se muestra una vez más perfectamente adherido a la práctica cotidiana jurídica, muy sensible científicamente a las nuevas direcciones aparentes del positivismo procesal, si bien, resaltando, sin carácter de excepción, tanto los principios –fundamentalmente–, como la estructura misma del proceso romano que ha ejercido una aplicación ilimitada en la fundamentación y fisonomía de las instituciones procesales actuales. Como es sabido, la ciencia debe abstenerse de hacer arriesgados pronunciamientos pues el río del saber ha vuelto sobre sí mismo con demasiada frecuencia. Tiene escrito Rafael Domingo², en acertada expresión, “que cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del Derecho romano”. En su opinión –que compartimos–, “es misión del *ius Romanorum*, en este siglo, servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo...”

Sin duda, el A., ha realizado un gran esfuerzo, y gracias a sus conocimientos procesales del ordenamiento jurídico romano y contemporáneo³, ha retomado unas valoraciones jurídicas de interdependencia recíproca, conexiones y recepciones romanísticas en las nuevas tendencias procesales que hacía mucha falta completar en el panorama jurídico-procesal. Las referencias a la influencia romana en las legislaciones recientes, también en tema de proceso, en los diversos estudios jurídicos de la romanística, ha sido sugerida frecuentemente por los estudiosos, no obstante, en la mayoría de las ocasiones con un carácter genérico y sin profundizar y conectar con una profunda valoración jurídica detallada. Asimismo, en mi opinión, en el fondo, con las alusiones abstractas y genéricas en lugar de producir efectos nítidos en el arco de influencia romana sobre el ámbito procesal positivo, parece que lo que se ha conseguido, especialmente, ha sido un efecto diverso: destacar un cerco de influencia restringido amparado en la abstracción. Afortunadamente –en este sentido–, bien documentado y con suficiente exactitud, el A., nos proporciona una información y un análisis puntual que nos hace comprender mejor lo más trascendental de la verdadera influencia jurisprudencial romana en el panorama procesal más reciente. Y entender con mayor claridad el espíritu del proceso que inspira las actuales legislaciones vigentes. Como él mismo destaca, la principal novedad de esta obra son las más de doscientas páginas referidas al proceso romano, en el que se encuentran ya recogidos, sin la denominación moderna, los principios de brevedad, concentración, publicidad, intermediación e inmediatez temporal, principio dispositivo y de aportación de parte, dado que son los litigantes, los que aportan, de forma exclusiva, los hechos y los medios de prueba, a tener en cuenta por el juez. Oscilaciones, acentos,

histórico del arbitraje”, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id “*De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*”. *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2. Id. “*Arbitraje*”. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. “*Carácter contractual del arbitraje*”. *Anuario de Justicia alternativa*. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

² Domingo, R. *Ex Roma ius*, en Colección The Global Law (Aut. Rafael Domingo, Director de la Cátedra Garrigues), Ed. Aranzadi (2005).

³ Cfr., n.1 de la actual recensión.

polémicas doctrinales, y contrapesos romanos –tan romanos como modernos al propio tiempo–, en palabras del A., “entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial”. Las preferencias, según las épocas, “entre oralidad y escritura, formalismo y ausencia de formalidades, poder coercitivo del magistrado o cargas procesales de las partes, obligación legal de fomentar la transacción⁴ entre los litigantes, o posición neutral o pasiva del órgano jurisdiccional”.

Los VI capítulos desarrollados en esta monografía que serán objeto de análisis preferente, colmados de datos elocuentes que contribuyen, en mi opinión, a disipar muchas dudas al respecto, son: Capítulo I. *Jurisdicción*. A.- *Contenido y fundamento de la iurisdictio*. B.- *Etapas históricas del proceso*. C.- *Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción voluntaria*. D.- *Estructura procesal de la in iure cessio en la época republicana y clásica*. D.- *Legis actio y iurisdictio voluntaria en las fuentes clásicas y post-clásicas*. F.- *Progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso*. *Bibliografía*. Capítulo II. *La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales*. A.- *Actio, iurisdictio, iudicatio*. B.- *Partes. Representantes.. Lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional. Competencia*; Capítulo III. *El procedimiento de las legis acciones*. A.- *Fase in iure: Citación. Comparecencia*. B.- *Los diferentes modos de litigar previstos en las leyes, modi agendi ex lege: acciones declarativas*. 1.- *Legis actio sacramento*. 2.- *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. 3.- *Legis actio per conditionem*. C.- *Acciones ejecutivas*. 1.- *Legis actio per manus iniectioem*. 2.- *Legis actio per pignoris capionem*. D.- *Fase ante el Juez. Sentencia y cosa juzgada*. *Bibliografía*. Capítulo IV. *El procedimiento formulario*. A.- *Fase ante el magistrado, in iure*. B.- *Litis contestatio. Efectos*. C.- *Estructura de la fórmula: partes esenciales y accidentales*. D.- *Clases de fórmulas o acciones*. E.- *Fase ante el juez, apud iudicem. Sentencia*. E.- *Ejecución de la sentencia*. Capítulo V. *Procedimiento extraordinario, cognitio extraordinaria*. A.- *Nociones preliminares*. B.- *Tramitación: citación, comparecencia, litis contestatio, periodo de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos*. C.- *Procesos especiales: rescripto y sumarios*. D.- *Jurisdicción eclesiástica: Episcopalis audientia*. E.- *Protección pretoria extraprosesal*. 1.- *Interdictos*. 2.- *Puestas en posesión, misiones in possessionem*. 3.- *Estipulaciones pretorias*. 4.- *Restituciones in integrum*. *Bibliografía*. Capítulo VI. *Arbitraje*. A.- *Observaciones preliminares*. B.- *Tipos de arbitraje*. C.- *Terminología en materia de arbitraje*. D.- *Arbitraje no formal y arbitraje de ius gentium. El papel de la bona fides y de la equidad en el arbitraje*. E.- *Arbitraje legal*. F.- *Arbitraje compromisario*. *Bibliografía*. (También se añade a la obra un índice de materias)

1.- Podemos destacar con el Autor, en el análisis del contenido y fundamento de la *iurisdictio*, que este concepto ha sufrido numerosas variaciones en función de las diversas épocas de evolución del derecho romano y de las diferentes formas de proceso, y que en el lenguaje jurídico romano –*iurisdictio*, como poder, actividad o incluso función del magistrado–, no se corresponde en todos sus aspectos (en especial hasta la época clásica), con la jurisdicción actual. Nuestro Autor continúa exponiendo con cla-

4 Cfr., por ejemplo, Cfr. Fernández De Buján A. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª ed. Madrid 1999, pp. 97 y ss. (Sobre la transacción de alimentos dentro de los supuestos de jurisdicción voluntaria, existen textos de derecho romano fundamentales en materia de *transactio alimentorum* (D.2.15.8 pr.; D.2.15.8.13 y D.2.15.8.17, donde se prohíbe además expresamente la delegación de *iurisdictio* por el magistrado competente en este caso, al igual que sucedía en los supuestos de *datio tutoris*, y de venta de fundos del pupilo); Alburquerque J.M. “*Alimentos entre parientes* (II): *Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria*”, RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 1 y ss.; Id. *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)*. RGDR. 3 (Madrid 2004), pp. 1 y ss.

ridad las diversas opiniones doctrinales (algunas extremas y otras intermedias) avaladas y contrastadas con oportuna reserva por autores como Luzzatto –conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los que se le confió la administración de justicia–, Lauria –excluye toda relación entre *iurisdictio* e *imperium*–, Leifer –la *iurisdictio* sería una de tantas manifestaciones del *imperium*–, Bekker –la *iurisdictio* como una simple declaración introductiva del proceso–. A este respecto el A., se adhiere expresamente a la doctrina mayoritaria (verbigacia: De Martino, Pugliese y Luzzatto): “El término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que puede ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento”. Asimismo, nuestro autor destaca que un punto de particular relieve hay que atribuirle también a la opinión de Gioffredi, que es según el A., el que en mayor medida se acerca a la realidad, cuando nos dice “que la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar”.

De las etapas históricas del proceso el A., resume la agrupación doctrinal en las dos categorías conocidas: La conocida como sistema de los juicios privados, *ordo iudiciorum privatorum* (dentro de esta categoría se encuadran los procesos denominados acciones de la ley, *legis actiones*, y formulario, *per formulan* –durante casi 100 años conviven el procedimiento de acciones de la ley y el formulario–, la segunda categoría se corresponde con la *cognitio* extraordinaria (desaparece la bipartición del proceso).

La Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria constituye uno de los temas más polémicos tratados por el Autor. Ha sido sugerida por muchos estudiosos la necesidad de profundizar en un análisis que consiga darnos una fisonomía más definitiva de esta institución. Como es bien sabido, la disparidad de criterios doctrinales ha conseguido crear una sensación incierta y muy discutida. No obstante, a mi juicio, podemos hablar en estos momentos de la existencia de un esclarecedor tratamiento retomando y valorando el profundo y minucioso estudio realizado por el A., acerca de la jurisdicción voluntaria⁵. Parece razonable que en un capítulo de estas características, encuadrado en un estudio de variada temática el A., haya tenido que esbozar sintetizadamente los rasgos principales de la Jurisdicción Voluntaria. Y, en mi opinión, lo ha conseguido, si bien, a todos aquellos estudiosos que deseen profundizar en un tema tan apasionante les sugiero que lean las monografías específicas del A., y el repertorio de publicaciones a este respecto, especialmente, A. Fernández De Buján: *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano* (prologado por M. Amelotti), Madrid 3^a ed. 1999, y *La jurisdicción Voluntaria*. (Madrid 2001).

En el campo de las hipótesis y de las probabilidades analizadas por el A., considero que los motivos exegéticos, dogmáticos e históricos convergen a favor de las tesis mantenidas por el A., acerca del concepto, naturaleza jurídica y contenido de la denominada jurisdicción voluntaria, las diferencias entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, la advertencia que nos hace el A., de no identificar el procedimiento seguido en los supuestos de *iurisdictio voluntaria* con el denominado *iudicare de plano*.

Como nos recuerda el A., la expresión *iurisdictio voluntaria* aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extrajurídicas en el Libro I de la Instituciones de Marciano, y su mención se encuentra recogida en D.1.16.2 pr.-I: <<Todos los procónsules una vez que han salido de la ciudad tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo, pueden manumitir, emancipar o adoptar>> <<Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción>>.

5 Me remito a la n. 1 de este trabajo.

Independientemente de los estudios precedentes sobre las Instituciones de Marciano (Ferrini –un libro destinado a la preparación de los jóvenes que intentan hacer carrera en burocracia imperial, y para uso de los propios funcionarios–, De Giovanni –un libro que presta especial atención a la forma en que debe aplicarse el derecho en las provincias, escrito en una época jurisprudencial en el que los temas didácticos prestaban una atención preferente a la definición más apropiada de los conceptos jurídicos–, etc.), quisiera destacar con el A., que en el texto de Marciano (pág. 27) “el vocablo voluntaria... apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado... En los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes, sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica...” (una especie de control de la legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes – en palabras de Volterra–. Del repertorio doctrinal examinado por el A., cabría destacar a: Mommsen, Wenger, Wlassak, Keller, Luzzatto, Pugliese, Kaser, Ferrini, De Giovanni, Solazzi, De Martino, Girard, Scherillo, Gonnet, Álvarez Suárez, Düll, Martini, Scialoja, entre otros.

Atendiendo la Disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil –Ley 1/2000–, el Ministro de Justicia encomendó a la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado ahora en el Boletín de información, Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶ con objeto de dar conocimiento del mismo y propiciar su libre discusión. Como es sabido, el Anteproyecto referido en su Tit. I, Régimen General, Capítulo Primero, Disposiciones generales, Art. 1., nos habla del ámbito de aplicación de la presente Ley, y recoge la siguiente afirmación: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria citado precedentemente, aparecen muchas afirmaciones de extraordinaria importancia, si bien en el contexto de esta recensión, repleta de los factores romanos más relevantes en el marco del proceso, sólo voy a transcribir algunos párrafos que también considero de gran interés: “No es la jurisdicción voluntaria una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista clásico del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra Instituciones, con posterioridad recogida en el Digesto de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, *iurisdictiono voluntaria*. Dicha expresión se transmite en le Edad Media a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.” Y no quisiera terminar este comentario, sin resaltar de forma elogiosa algunas ideas que se desprenden de la Exposición de Motivos a este respecto. Partiendo de esta línea de reflexión y profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, un punto de particular relieve hay que atribuirle al siguiente párrafo: “El apropiado mantenimiento de la denominación <<jurisdicción voluntaria>>, no debe calificarse en el caso presente, conforme se expone en la exposición de

6 Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imp. Nnal. BOE. 2005

motivos de la LEC, como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan solo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico, sino que al fundamento histórico de la pareja nominal *iuridictio voluntaria* utilizada sin intervalos durante casi veinte siglos – y la reforma de la justicia no debe ni puede prescindir de la historia (EM, XIV) – ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común y de los operadores jurídicos, así como consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa.

De los precedentes legislativos, cabría recordar que el Libro III de La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba íntegramente la jurisdicción voluntaria (Como es bien sabido, con ciertas deficiencias y sin demasiada uniformidad en los criterios, y sin datos suficientes para extraer un procedimiento general para todos los tipos de expedientes). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil –Ley 1/2000–, derogó la LEC de 1881 con algunas excepciones oportunamente detalladas, entre las que, en consonancia con nuestro tema tratado, quiero resaltar que el Libro III de la LEC de 1881 quedaría vigente hasta que entrara en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria –salvo los arts. 1827 y 1880 a 1900, que como es bien sabido, han sido derogados según dispone la disposición derogatoria única. 1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil/ 2000–. La vieja LEC, en su Libro III, Primera parte, Tit. I, Disposiciones generales, en su Art. 1811, expresaba lo siguiente: Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas.

Desde la perspectiva estrictamente literal, en principio, se pueden observar algunos cambios que en esta sede me limitaré sólo a mencionar: la LEC de 1881, Art. 1811, a propósito de la jurisdicción voluntaria, señala que “se consideran actos de jurisdicción voluntaria...” Si bien en el Anteproyecto de la Ley de jurisdicción voluntaria referido, en su Art. 1, sobre el ámbito de aplicación de la presente Ley, los denomina “expedientes de jurisdicción voluntaria...” y no actos de jurisdicción voluntaria. El texto ha quedado así: “se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria...”. La LEC de 1881, prosigue en el mismo Art. 1811 “todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez” –en este contexto, el Anteproyecto de la futura Ley de jurisdicción voluntaria amplía su sentido en Art. 1, y nos dice– “todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal”– . La LEC de 1881, en el Art. 1811, prosigue su exposición, “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”, y en el Anteproyecto de la inminente Ley de jurisdicción voluntaria Art. 1, se suprime el término “cuestión” por “contienda”, quedando así redactado, “ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas”. La LEC de 1881 termina la redacción de los actos que se consideran de jurisdicción voluntaria, abordados en el Art. 1811 con la expresión: “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”. Sin embargo, con gran agudeza y oportunidad, en el Art. 1, del Anteproyecto se añade una expresión nueva, completamente asumible y justificada, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.” En suma, de los cambios sustanciales, unos con mayor enjundia que otros, podríamos sintetizar: El anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria sustituye la expresión “actos de jurisdicción voluntaria”, por “expedientes de jurisdicción voluntaria”; asimismo modifica la expresión referida al “Juez”, por “un tribunal”; otro de los cambios relevantes puede ser el cambio de redacción de la LEC de 1881, Art. 1811, que incluía la expresión “cuestión”, por “contienda”, como aparece en el Art. 1 del Anteproyecto. Y finalmente la inclusión de una redacción completamente nueva y que contribuye también a reforzar las garantías procesales, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.”

Las definiciones legales precedentes (LEC 1881 y Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria), se adhieren claramente al criterio de la no-contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, y sin entrar ahora en el amplio debate científico, especialmente en torno a la ausencia de conflicto como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria, quiero sintetizar con A. Fernández De Buján⁷, que la observación de este criterio “supone situarse en la línea de la tradición histórica de nuestro derecho que con base en el texto de Marciano (ya referido por nosotros), recogido en el Digesto, ha pasado a las Partidas⁸ y de ahí a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1885 y 1881”, y, como hemos visto, al Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria.

El carácter jurisdiccional de la *in iure cessio* en la época republicana y clásica es abordado por el A., en el apartado D) de este Capítulo I; en el E) la *legis actio* y *iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y postclásicas; F) progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso. En suma, un capítulo inicial de casi cuarenta páginas que nos pone de relieve el pensamiento lineal de nuestro autor, sin desatender las posiciones doctrinales – muy divididas– sobre la claridad sustancial acerca de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*.

2.- La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales. Sin desligarse en ningún momento de las fuentes de conocimiento romanas, el A., ha sabido llenar de claridad sus explicaciones y resaltar su particular visión del proceso (*actio*, *iurisdictio*, *iudicatio*) y, como él mismo escribe, “desde una óptica y una terminología que pueden parecer modernas en ocasiones, pero que no lo son si nos atenemos a los propios datos, instituciones e intuiciones que suministrados por las fuentes romanas...” “han sido asumidos o desarrollados por la procesalística de los siglos posteriores”. La lógica que subyace en el propio trasfondo de la norma jurídica ha contribuido de especial forma a plasmar esta nueva perspectiva. El A., aborda el procedimiento desde la legislación decenviral, señalando las modificaciones propias de la reglamentación republicana y destacando con claridad de análisis la vertiente más progresiva de esta Ley de la XII Tablas. Entre las manifestaciones más destacables podríamos recordar con él: notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, inmediación, concentración, aportación de los hechos por las partes y principio dispositivo –la actividad jurisdiccional impulsada por los litigantes y no de oficio–. Estos criterios, como señala nuestro autor, son coincidentes con los principios informadores del reformado proceso civil español (Cfr. Ley 7 de enero de 2000 - LEC del año 2000-). Recuérdese, en los seis siglos de la República, especialmente, proceso oral, forma verbal y pública, ante el magistrado, actor y reus –*adversarii*–, a lo largo de un día, y de uno o varios ante el juez, lo que constituía, como tiene escrito el A., “una manifestación, en la práctica procesal, de los principios de brevedad, concentración, publicidad, contradicción, inmediación, e inmediatez temporal, a los que cabe añadir los principios dispositivo y de aportación de parte, en atención a que son los litigantes, los que impulsan el desarrollo del proceso y los que aportan, de forma exclusiva, los hechos y los medios de prueba a tener en cuenta por el juez a la hora de dictar sentencia”. Asimismo existían magistrados que administraban justicia los días de mercado y conocían en el momento los problemas que surgían en las compraventas realizadas, en el foro, los días feriados (*ediles curules*). El contraste que se da en el Principado y el Imperio es destacado minuciosamente por el A.: procedi-

7 Fernández De Buján, A. “*La Jurisdicción Voluntaria*”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.

8 Cfr. Fairén, *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual*, <<ADC>>, 1991, pp. 947-949. (Con citas de la Glosa de Gregorio López y de la doctrina procesal).

miento predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, sutilezas jurídicas, etc., en los que refuerza el poder coercitivo del magistrado como conductor del proceso y las cargas procesales (características propias del actual proceso civil español, cfr. LEC 2000). Nuestro autor alude con sutileza a la polémica entre concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial.

Puede verse como el resultado de una indagación profunda el análisis de la acción –*actio*–, la tricotomía jurisprudencial –*actio, petitio, persecutio*–, la *iurisdictio*, como primera función propia de los magistrados –*dare actionem, denegare actionem*–, la bipartición del proceso que caracteriza el procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento formulario, la atribución específica en materia de *iurisdictio* –pretor urbano, pretor peregrino– y los avances que supone. La competencia, para determinados supuestos, con relación a los municipios y colonias a magistrados locales, así como a magistrados por delegación de los pretores, y la evolución precedente. En las provincias, el gobernador y sus delegados, las sedes y distritos judiciales –*conventi*–. La desaparición de la tradicional bipartición del proceso en la etapa correspondiente al procedimiento o *cognitio extra ordinem* – y el origen del mismo–, profesionalización y funcionarización de la justicia –un magistrado, representante del Estado, asume toda la tramitación hasta llegar a la sentencia–. Pérdida de la capacidad creadora de los magistrados jurisdiccionales. El consiguiente efecto de la apelación de las sentencias dictadas por los jueces de menor categoría y su tramitación.

Nos interesa señalar asimismo, el minucioso análisis que realiza el A., sobre el sistema jurídico romano acerca de la elección de los jueces en cada una de las etapas históricas del proceso, album judicial –pretor–, en el principado –el príncipe–, listas, personas seleccionadas para ello, número de personas, edad de los mismos para tener acceso, función propia en cada momento histórico, los diferentes tribunales en materia criminal, extensión, en algunos supuestos, a materia civil, etc. Demandante y demandado, *actor* y *reus*, partes, *adversarii* o litigantes en la terminología procesal y moderna, capacidad para actuar como demandante, demandado o representante de los mismos, lo que se denomina por la procesalística moderna legitimación. Un pormenorizado análisis de los casos de representación admitidos del que quisiera destacar los supuestos en que se actuaba en defensa de un interés público, *pro populo*, es decir, como escribe nuestro autor “cuando se ejercita una acción popular –institución de raíz democrática que se plasma en la Constitución española de 1978– en nombre de la república, *res publica*”. La concepción clásica de la justicia popular directa se recoge en el artículo 125 de la Constitución en el que se afirma que <<Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular –que es la *actio popularis romana*– y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en aquellos procesos penales que la ley determine>>”. La aceptación, con carácter general, en el procedimiento formulario, de la idea de la representación, y los tipos de representantes procesales –*cognitor, procurator, defensor*–, los efectos procesales según la figura utilizada para la representación, los días aptos para la actividad judicial, lugar, progresiva extensión territorial y competencias específicas –*forum originis o domicilii, forum solutionis, forum contractus, forum delicti commissi, forum rei sitae*–, y el asesoramiento cualificado, en consonancia con las nuevas concepciones sociales y jurídicas, son estudiados por el A., demostrando los sólidos conocimientos de las investigaciones por las que discurre su trabajo. En materia de jurisdicción voluntaria hay que advertir con él, que el carácter singular se mantiene en la todavía vigente, aunque pendiente de modificación, regulación y contenida en el artículo 1812 del libro III de la LEC de 1881, conforme a la que se establece que <<Para las actuaciones de jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y horas sin excepción>>. Asimismo, las fuentes romanas confirman que los

magistrados, en supuestos de jurisdicción voluntaria, podían ejercer su función fuera de su circunscripción territorial⁹.

3.- En el primer tipo de proceso, que sepamos, experimentado por el pueblo romano, es decir, el procedimiento de las *legis actiones*, aunque las fuentes dejan abierto el acceso a posibles dudas, el A., partiendo de las principales fuentes de conocimiento sobre el proceso en general, destaca numerosos aspectos que se hace preciso recordar. De las fuentes primordiales –Gayo IV, 11-30; la versión más completa Código de Verona; y la reconstrucción que supuso el descubrimiento en 1933 en el Cairo del manuscrito en pergaminos publicado el mismo año por Arangio Ruiz; y otras noticias extrajurídicas– extrae nuestro autor los siguientes datos, a los que añade numerosas explicaciones particulares: Fase *in iure*, el inicio del proceso, la citación realizada por el actor al demandado, las posibilidades del *reus* –acudir, solicitar aplazamiento, garantizar la futura comparecencia mediante sustituto o *vindex*–, posible negativa del *reus*, la autorización legal a conducirlo por la fuerza –*manus iniectio*– y el preceptivo llamamiento a testigos para verificar el hecho. La evolución de la originaria garantía personal a la real etc. Conocido por el magistrado el objeto de la controversia como nos indica el A., parece razonable pensar que, antes de solicitar la protección derivada de una acción específica, se procedería a dilucidar una serie de cuestiones previas –competencia del magistrado, capacidad de las partes, la legitimación, la no reiteración del asunto, *ne bis in idem*; así como, la razonable atendibilidad a priori de la petición del actor y la inclusión del objeto de controversia en los moldes formales establecidos por la ley–. Sin la concurrencia de los requisitos no se autorizaba la incoación del procedimiento. Tras la autorización, se cumplían los formalismos requeridos –ritos, gestos o fórmulas verbales pronunciadas por ambas partes, según el tipo de actuación–, lo que desembocaba en la *editio actionis*, petición de acción, y su concesión, *dare actionem*, “lo que suponía la autorización para sustanciar el proceso, en sentido técnico, ante el juez”. Acerca de los efectos de la comparecencia y las posibilidades –oposición, allanamiento, posición pasiva de indefensión, *indefensio*–, quiero resaltar con nuestro autor, que la oposición frente a las pretensiones del actor, “constituía una manifestación del principio contradictorio”. Destacadas las características más típicas del procedimiento –fórmulas verbales, extremado formalismo, rigidez, el secretismo al estar en manos de juristas-sacerdotes la creación, formulación e interpretación conforme a sus propias técnicas– nos recuerda el A., el primer varapalo que se produce a esta situación con la publicación del denominado *ius papirianum* (S. VI), que continúa desmoronándose con la publicación de la legislación decenviral, la secularización de la jurisprudencia, y la publicación de las fórmulas de las acciones (S. IV). A la luz de las precedentes consideraciones el A., tiene escrito: “La relegación del secretismo en la noche de los tiempos, encuentra su contrapunto en la definitiva asunción de la publicidad, como principio informador de la actividad jurisdiccional”.

El análisis que nos ofrece el A., con relación a los diferentes modos de litigar previstos en las leyes romanas, destaca asimismo por la claridad, precisión, profundidad, apego a las fuentes principales y extracción de fundamentos y principios que están en adecuada sintonía con las perspectivas procesalistas de los tiempos actuales. De las cinco acciones de la ley –*legis actio sacramento*, *legis actio per iudicem arbitrive pos-*

9 Cfr. Fernández De Buján A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª ed. Madrid 1999, pp. 97 y ss. Id. *La jurisdicción voluntaria*, Madrid 2001; Id. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: Problemas, interrogantes, soluciones*, en La Ley, año XXVI, núm. 6216, 23/3/2005, pp. 1 y ss.; Id. *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, en Actualidad Civil, núm. 36, 2001, pp. 1281 y ss.; Alburquerque J.M. “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria”, RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 7 y ss.

tulationem, legis actio per conditionem, legis actio per manus iniunctionem, legis actio per pignoris capionem, las dos últimas acciones de naturaleza ejecutiva, y las tres primeras de naturaleza declarativa, Gayo I, 4, 12–, como advierte el A., es probable que tres de ellas –*legis actio* por juramento, *legis actio* por aprehensión o apoderamiento, *legis actio* por toma de prenda–, estarían basadas en los *mores maiorum* y tendrían carácter predecenviral, mientras que la *legis actio* por petición de un juez y *legis actio* por emplazamiento habrían sido reguladas por primera vez en la Ley de las XII Tablas.

Con una serie de valoraciones críticas sustancialmente persuasivas y razonables aportadas por el A., discurre el estudio exhaustivo de cada una de ellas, con algunas afirmaciones dispersas que quisiera destacar. *Legis actio sacramento*, la referencia al juramento de Gayo I, 4, 13, interpretada como el paso del juramento con valor sacral e intimidatorio en caso de ser considerado injusto, a un juramento más secularizado, en el que la *poena pecuniaria* con la que se sancionaba el juramento injusto, iría a parar no ya a las arcas del Colegio Pontifical, como sucedía en los primeros tiempos, sino al Erario Público. La *poena sacramenti* cumplía, continúa el A., “en la práctica, un papel próximo al propio de las costas procesales, en el procedimiento formulario, y en todo caso, constituía un mecanismo de contención para los litigantes temerarios”. Se destacan asimismo las diferencias, novedades e innovaciones, entre unas y otras acciones. Entre otras, acerca de *legis actio per iudicem arbitrive postulationem* respecto, a la anteriormente referida –esta acción sólo puede ejercitarse en los casos específicos previstos (la primera tiene carácter general), se hace más ágil y breve la tramitación, se procede de inmediato a la designación del juez–, el juez daría un *iudicium*, y el árbitro formularía un *arbitrium*, disponiendo de mayor margen de discrecionalidad. *Legis actio per conditionem*, constituye como señala el A., el antecedente de la acción clásica del procedimiento formulario denominada *condictio*, que era asimismo una acción civil abstracta, al no ser necesario expresar la causa por la que se reclamaba, siendo suficiente con probar su existencia en la fase probatoria ante el juez. Entre las diferencias y convergencias respecto de las anteriores cabría apuntar las siguientes: es la más moderna de las *legis actiones*, naturaleza abstracta –no hay que indicar la causa–, las formalidades son mínimas y breves, la reclamación no tenía que derivarse necesariamente de una *sponsio*, etc. El A., aborda a continuación, detenidamente, las acciones ejecutivas, *legis actio per manus iniunctionem, legis actio per pignoris capionem*, los campos de aplicación, el paso tardío de la responsabilidad personal por deudas a la responsabilidad patrimonial, y las características principales de cada una de ellas.

De la fase *apud iudicem*, ante el juez, quiero destacar con el A., que las características consustanciales a esta fase del proceso son “concentración, brevedad y presencia activa del juez”. Asimismo, la posible defensa de las partes –*oratores* y *advocati*, más frecuente en las causas penales–, las exposiciones de las partes, que constituían una “manifestación del principio contradictorio”, la valoración de la prueba –la testifical como preferente–, el tránsito desde una valoración objetiva y reglada, característica de las primeras centurias, a una libre apreciación del juez en siglos posteriores, lo que se considera por la doctrina, “un fundamental avance ético-jurídico en la administración de justicia en Roma”. A propósito de las actuaciones legales y propias del juez, las negligentes o abstenciones dolosas –prevaricación–, la exposición de la sentencia –oral y pública–, no me voy a detener ahora, si bien, hay una observación del A., en el contexto de las *legis actiones*, que voy a resaltar: “en la época de las acciones de la ley, parece que el efecto de la cosa juzgada era sólo formal, por lo que variando el molde de la acción ejercitada, si ello fuera legalmente posible, cabía replantear de nuevo la cuestión”¹⁰.

10 Fernández De Buján, A. *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, cit. p. 102, “si bien en la época del procedimiento formulario la cosa juzgada producía efectos en el plano formal –no podía interponerse la

Sobre la introducción del procedimiento formulario –Ley Ebuca 130 a.C.–, la coexistencia permitida de ambos procedimientos, la derogación formal de las acciones de la ley y la implantación obligatoria del procedimiento formulario - dos *leges Iuliae* 4 d.C - y las excepciones, juicio ante los centurviro, juicio por daño temido y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, quiero recordar con el A., que aunque Gayo I. 4, 30, no hace referencia a los actos que Marciano denomina de *iurisdictio voluntaria*, sin embargo son diversos los textos clásicos en los que se menciona la *legis actio* a propósito de esta manifestación de la jurisdicción (verbigracia, Ulpiano D. 1. 16. 3; D. 1.20.1).

4.- La introducción del procedimiento formulario¹¹, Gayo I.4.30, el paso de los *certa verba*, a los *concepta verba* –conceptos verbales con contenido determinado–, que se recogen en el escrito –fórmula–, y que representa el fundamento de las nuevas líneas de actuación procesal es, asimismo, meticulosamente analizado por el A., aclarando las orientaciones doctrinales acerca de las Leyes Ebuca y Julias por las que se introduce este novedoso sistema procesal que nos comenta Gayo. En este sentido cabría sintetizar con él dos corrientes de opinión: Conforme a la *Lex Aebutia*, la posición mayoritaria, sostiene la posibilidad de optar voluntariamente por uno o por otro sistema procesal (*legis actiones*, o bien, *per formulam*), en torno al 130 a.C., y habría que esperar a la derogación formal –salvo excepciones concretas– en atención a las Leyes Julias (17 a.C.). Otra tendencia doctrinal, que como señala el A., ha ido ganando adeptos en los últimos decenios, a propósito de la *Lex Aebutia*, hace hincapié en la asimilación por el *ius civile*, del procedimiento más flexible, escrito y menos formalista, que se sustanciaba con frecuencia en ante los pretores peregrinos. En primer lugar se producía en el marco de las l.a., más flexibles –l.a. *per conductionem*–, y la que habría extendido el nuevo sistema escrito a las demás l.a., y procedido a la derogación de las mismas, sería la *Lex Iulia de iudiciorum privatorum romanorum*.

misma acción— y en el material –en todo caso la cuestión ya decidida, era inamovible entre las partes, con independencia del molde formal de la acción que se ejercitase, de modo que el magistrado o bien procedía a una *denegatio actionis*, o bien si no se había llegado, en atención a cualquier circunstancia, a proceder a tal denegación, el nuevo juez ante el que se plantease el asunto debería pronunciar una sentencia igual a la dictada con anterioridad”.

11 Se mantiene en vigor durante toda la época clásica. Conforme a una Constitución de Constantino y Constante del año 342 se deroga legalmente. Si bien, como nos recuerda el A.,” desde el siglo II, en provincias, en especial las imperiales, y desde el siglo III, en Roma e Italia, se habría ido produciendo una desarticulación progresiva de la tramitación de las controversias, por medio de fórmulas escritas, con bipartición de fases ante el magistrado y ante el juez privado y, al propio tiempo, la generalización de la *cognitio* –con aplicaciones particulares desde la época de Augusto–, que habiendo comenzado como procedimiento extraordinario, acabó por configurarse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios”. La *cognitio*, va asumiendo un perfil unitario y se va mostrando más sensible a la hora de atender las nuevas necesidades y direcciones procesales que se iban desvelando –no se introdujo mediante ley general-. Cfr. Pugliese, G. *La cognitio e la formazioni di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Est., Biondo Biondi, 2, 1965, pp. 143 y ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, (col. F. Sitzia y L. Vacca), Padova 1986, pp. 376-384.; García Sánchez, J. *Cognitio extraordinaria*, Materiales para el estudio, Portal Derecho, www.iustel.com. Madrid 2002, al hablarnos de los orígenes de este nuevo sistema procesal civil –fuera del conocido, precedentemente, *ordo iudiciorum privatorum*- resalta asimismo la pluralidad de factores proclives a su implantación paulatina (lenta, progresiva) –como es sabido, no hay una fecha exacta que nos pueda determinar el punto de partida-: a.- la *cognitio magistratual*, especialmente del pretor, que tomaba algunas medidas en base a su *iurisdictio* –al margen del procedimiento ordinario, el magistrado examinaba los hechos y realizaba un decreto, el lugar de la sentencia del juez, con el cual da por finalizada la causa, aunque sea provisionalmente; b.- La competencia jurisdiccional que se arrogó el *Princeps*, a partir de Augusto –con la promulgación de los decretos resuelve de modo definitivo un litigio, al margen de los trámites ordinarios anteriores-; c.- amparo y protección jurisdiccional de ciertas materias por parte del *Princeps* –materias que no tenían acogida y defensa procesal habitual en los anteriores sistemas del *ordo*, permitiendo su examen jurídico definitivo a algunos funcionarios (p.e, prestación de alimentos, fideicomisos, cuestiones relativas al *status* del la persona física, etc.-; d.-procesos que se desarrollaban fuera de Roma –los funcionarios que actúan por delegación del emperador con competencia jurisdiccional plena (conocimiento de la causa de principio a fin, no siempre aplicaban el procedimiento ordinario –optativo-, y a veces el derecho local).

Fase *in iure*: si en el actual proceso, precedido por comunicaciones extraprocerales –comunicación verbal del demandante al demandado, *editio actionis*, advirtiendo de la petición, fundamento y pruebas, con carácter preventivo y con intención de evitar el proceso (D. 2.13.1.1 y 3)–, no se conseguía el fin precedente, se procedía a la citación – formal y con publicidad–. Ante la no-comparecencia, ni presentación de un *vindex*, el magistrado podía conceder una acción penal *in factum*. En el texto de Gayo I.4.183, se encuentran referencias a esta posibilidad apuntada y la necesidad de autorización pretoria para citar a determinadas personas –ascendientes, descendientes, etc.–. En el Edicto se contemplan asimismo otras actuaciones para diversos supuestos relacionados con el llamamiento a juicio –por ejemplo, como nos recuerda el A., si el demandado se ocultase, el pretor podía autorizar una *missio in bona*, y en su caso una venta en subasta pública–. Conseguida la presencia de ambas partes ante el magistrado –*in iure*–, el actor expone la pretensión, el fundamento y la acción (*editio o postulatio actionis*), y, según la postura del demandado, y las circunstancias determinantes, la tramitación se iría ajustando con varias posibilidades: a.- *confessio* (*confessus pro iudicatio est*), b.- *indefensio*–, c.- *iusiurandum* (los diversos juramentos podían ser, *iusiurandum calumniae, necesario o decisorio, voluntario*), d.- *transactio* –recíprocas concesiones con el fin de llegar a un acuerdo¹²–, e.- desistimiento, f.- *interrogationes in iure*, g.- *cautiones*. Concluida la tramitación el magistrado procede: *dare aut denegare actionem* –podía ser *civil*, honoraria o *ex novo*–. Aceptada por el magistrado, la fórmula propuesta, la fase *in iure* finaliza con la aceptación del juez seleccionado por las partes, designado por el magistrado y la resolución del mismo, *iussum iudicandi* – autoriza el inicio de la fase *apud iudicem*–. Mediante la *potestas iudicandi*, se le otorga al juez potestad para decidir en la controversia reflejada en la fórmula.

Las diferencias sustanciales con relación a la *litis contestatio* del procedimiento de las acciones de la ley y las contempladas en este nuevo sistema procesal son reflejadas con destacado interés por nuestro A. La función que en las *legis actiones*, cumplían los testigos, la cumple ahora la fórmula, y tras una etapa en la que se recurría al viejo sistema de convocar a testigos, se sustituye esta actividad definitivamente. De los efectos de la *litis contestatio*, cabría señalar con el A., la consunción de la acción ejercitada –lo que se conocía con la expresión *eadem re ne bis sit actio* o, posteriormente, *ne bis in idem*–. Según las circunstancias, los supuestos y tipo de juicios, podía operar *ipso iure*, o a través de la vía de la *exceptio* –dependiendo del momento en que se alegue, *exceptio in iudicium deductae*, o *exceptio rei iudicatae*, es lo que se denomina, como escribe al A., “en la técnica jurídica , efecto preclusivo de la *litis contestatio*–. Entre otros efectos de la *litis contestatio* que se analizan en este capítulo, se hace referencia a la *res litigiosa* –quedaba fuera del tráfico jurídico–, los efectos de la situación de *litispendencia*, las acciones intransmisibles se convierten, a partir de ese momento procesal, en transmisibles; las acciones temporales dejan de serlo para transformarse en perpetuas; el posible fallecimiento del juez, aunque se redacte otra fórmula escrita con las modificaciones, no implica una nueva *litis contestatio*. Continúa el A., haciendo una exposición muy esclarecedora de los aspectos materiales de la fórmula, y su composición, detallando adecuadamente las partes esenciales y accidentales de la misma –*demonstratio, intentio, condemnatio, adiudicatio*– y las partes accidentales que se introducían si se daban determinadas circunstancias. Partes extraordinarias de la fórmula

12 Cfr. D. 2.14, *De pactis* y 2. 15 *De transactionibus*. Entre otros, Alburquerque J.M., “La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<*pacta sunt servanda*>> en el Derecho Europeo actual. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.; Id. *Los pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com) Madrid 2001, pp. 1 y ss. Id. “*Alimentos entre parientes* (II): *Alimenta et Victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (*expedientes*) de Jurisdicción voluntaria”, RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 1 y ss.

–*exceptio, praescriptio*–. Clases de fórmulas o acciones en atención al derecho que se pretende exigir –acciones reales, *actiones in rem* y acciones personales–, los intereses perseguidos –acciones privadas y populares–, y según el órgano del que deriva el nacimiento de la acción, acciones civiles, acciones honorarias (pretorias y edilicias), útiles, ficticias, *in factum*, con transposición de sujetos. A propósito de la fase *apud iudicem*, fase ante el juez, y la sentencia, quisiera sintetizar con el A., especialmente, que los trámites a desarrollar (básicamente, exposición y defensa de las tesis de cada parte, la posición de los litigantes, la práctica de la prueba – medios frecuentes: declaración, *confessio*, testigos, juramento, documentos, inspección del juez, dictámenes periciales, presunciones– y la sentencia), “se caracterizan por la oralidad, concentración, audiencia, contradicción, principio dispositivo, intermediación y publicidad”. La sentencia no tenía que ser motivada –ni por exigencia legal, ni en la práctica–. El efecto principal, la cosa juzgada –verdad legal, *res iudicata pro veritate habetur*– lo que implica, mantenimiento de lo ya juzgado, *rebus iudicatis standum*, y no volver sobre el asunto de forma reiterada siempre que no se produzca variación en los sujetos o en el objeto litigioso, conforme a lo que se ha dado en denominar, como tiene escrito el A., límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada”. En el procedimiento formulario, la cosa juzgada, junto al efecto formal, negativo o excluyente, produce efecto desde el punto de vista sustancial, como ya recordamos con el A., en páginas precedentes. Con relación a la parte dedicada en el estudio a los remedios contra la sentencia y la ejecución de la sentencia me remito a lo expuesto en el capítulo correspondiente, si bien, recomendando la atenta lectura de los aspectos derivados de su evolución e ineficacia funcional en determinados supuestos y la necesidad de observar medidas de ejecución más prácticas como, la venta de todo el patrimonio del *iudicatus, bonorum venditio*, y el paso a la venta selectiva de bienes, *bonorum distractio*. La ejecución patrimonial en que consiste la *bonorum venditio*, constituye, como afirma el A., “el antecedente del actual concurso de acreedores y procedimiento concursal”. Con el comentario apropiado sobre la acción pauliana, que se recoge con este mismo nombre en el Código Civil, art. 1111, y los comentarios sobre las enajenaciones fraudulentas, finaliza este capítulo.

5.- La *cognitio* extraordinaria, que refleja una nueva concepción de la justicia y del Estado, se denomina así –*cognitio extra ordinem*–, en atención a que no se tramitaba por el procedimiento ordinario –procedimiento formulario–; aunque, como es bien sabido, acabó por constituirse en la verdadera tramitación de los litigios. Con este perfil unitario, se manifiesta con aplicaciones particulares desde la época de Augusto, mostrando más sensibilidad en todo lo concerniente a las nuevas necesidades que se iban presentando en la sociedad y que no disponían de una defensa procesal específica en el anterior sistema –*ordo iudiciorum privatorum*–. Aunque no se introdujo el nuevo sistema de administración de justicia mediante ley general, como nos recuerda el A., “desde el siglo II, en provincias, en especial las imperiales, y desde el siglo III, en Roma e Italia, se habría ido produciendo una desaparición progresiva de la tramitación de las controversias, por medio de fórmulas escritas, con bipartición de fases ante el magistrado y ante el juez privado y, al propio tiempo, la generalización de la *cognitio*, que habiendo comenzado como procedimiento extraordinario, acabó por configurarse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios”. Justo García Sánchez¹³, al hablarnos de los orígenes de este nuevo sistema procesal civil –fuera del conocido, precedentemente, *ordo iudiciorum privatorum*– resalta asimismo la pluralidad de factores proclives a su implantación paulatina, lenta, progresiva, y como hemos

13 García Sánchez, J. *Cognitio extraordinaria*, Materiales para el estudio, Portal Derecho, www.ius-tel.com. Madrid 2002. Cfr., entre otros, Pugliese, G. *La cognitio e la formazioni di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Est., Biondo Biondi, 2, 1965, pp. 143 y ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, (col. F. Sitzia y L. Vacca), Padova 1986, pp. 376-384.

referido, no hay una fecha exacta que nos pueda determinar el punto de partida: 1.- La *cognitio magistratual*, especialmente del pretor, que tomaba algunas medidas sobre la base de su *iurisdictio* –al margen del procedimiento ordinario, el magistrado examinaba los hechos y realizaba un decreto, el lugar de la sentencia del juez, con el cual da por finalizada la causa, aunque sea provisionalmente–. 2.- La competencia jurisdiccional que se arrogó el *Princeps*, a partir de Augusto –con la promulgación de los decretos resuelve de modo definitivo un litigio, al margen de los trámites ordinarios anteriores–. 3. - Amparo y protección jurisdiccional de ciertas materias por parte del *Princeps* –materias que no tenían acogida y defensa procesal habitual en los anteriores sistemas del *ordo*, permitiendo su examen jurídico definitivo a algunos funcionarios, verbigracia, prestación de alimentos, fideicomisos, cuestiones relativas al *status* de la persona física, etc–. 4. - Procesos que se desarrollaban fuera de Roma –los funcionarios que actúan por delegación del emperador con competencia jurisdiccional plena–. (Conocimiento de la causa de principio a fin, no siempre aplicaban el procedimiento ordinario –optativo–, y a veces el derecho local).

De las características principales de este nuevo procedimiento –más libre de formas y que resulta la vía más apta para la realización del nuevo derecho creado por el Príncipe, *ius novum*¹⁴–, podemos recordar con el A., entre otros, que no se produce la bipartición del proceso, el llamamiento a testigos constituye sólo el momento procesal en el que las partes fijan sus posiciones –no se produce la consunción de las acciones, aunque sí el efecto de litispendencia–, el principio de prueba tasada es el que prevalece, en lugar del principio de libre valoración de la prueba, la subordinación jerárquica y la posibilidad de apelación, ante un juez de rango superior, la fusión entre la normativa procesal civil, honoraria y la específica del nuevo proceso. Entre los primeros asuntos que se tramitaban por *cognitio* –asuntos no previstos por la regulación pretoria, o bien obligaciones morales o naturales–, del amplio elenco de ejemplos que nos aporta el A., podría destacar con él las prestaciones de alimentos entre parientes y especialmente la transacción del derecho de alimentos¹⁵, reclamaciones de honorarios por los profesionales liberales, las reclamaciones por testamento inoficioso, fideicomisos, etc. El mayor rango en el orden jurisdiccional, de los diversos cargos de funcionarios, se asigna a los *praefecti praetorio* –al frente de las cuatro prefecturas del territorio–, y a los gobernadores provinciales, *praesides*, rectores procónsules. La regulación de competencias –magistrados municipales, *defensores civitatum*–. La administración de justicia por los magistrados jurisdiccionales en lugares cerrados, por lo que se utiliza el término Audiencia para designar el Palacio de Justicia. El profundo y sólido conocimiento procesal del A., suficientemente demostrado, también le lleva a desarrollar de forma muy extensa todo lo relacionado con la tramitación, citación, comparecencia, *litis contestatio*, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos, los procesos especiales por rescriptos y sumarios, la jurisdicción eclesiástica, *episcopalis audientia*, y la protección pretoria extraprocesal. En este contexto destacaremos la atención prestada a la figura del actor y el demandado, la citación, y evolución del método según las etapas: Etapa inicial, *litis denuntiatio*, privada o avalada por el magistrado (*denuntiatio ex auctoritate*), oficial, *evocatio*, según el mandato, requerimiento verbal, si estaba presente, escrito, *litterae*, ausente, bandos o edictos (cuando se desconocía la residencia). En perspectiva constantiniana y posteriormente justiniana cabría sintetizar del siguiente modo: *litis denuntiatio*, autorizada por el magistrado, por escrito o remitido a su

14 En este sentido, cfr., A. d'Ors, Derecho privado romano, p. 169.

15 Cfr., entre otros, Alburquerque, J.M. *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)*. RGDR. 3 (Madrid 2004), pp. 1 y ss.; Id. "Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et Victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (*expedientes*) de Jurisdicción voluntaria", RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 1 y ss.

domicilio mediante un funcionario –*executor*–, la problemática en los supuestos de ausencia del demandado –fijación de un edicto con la citación – y la disposición de Constantino (año 322 C.Th. 2.4.2) sobre la inscripción en un Registro público de la citación referida. El escrito de citación del actor –*libelus conventionis*– como nuevo método en la época de Justiniano (procedimiento por libelo), remitido necesariamente por vía oficial y contestado mediante *libelus contradictionis*. Tras la recepción por el juez, fijación del día para la comparecencia –el demandado garantizaba mediante caución, *cautio iudicatum sisti*–. La tramitación del proceso en rebeldía, lo que se conoce con la denominación de contumacial. A continuación del momento en el que los litigantes han plasmado sus posiciones –que suele identificarse con la *litis contestatio*– se inicia el período de prueba. La prueba no es regulada de forma global por ninguna normativa del ordenamiento jurídico. Se puede hablar de algunos esbozos como intentos de sistematización (Código Teodosiano XI, 39), en el que se continúa mencionando a los testigos como instrumento previo a la prueba documental. De la consideración de la prueba habría que recordar que el papel esencial, originariamente, lo cumplían los testigos, el paso de su estimación incorporados al documento –como elemento de ayuda, tanto en juicio como en el marco del tráfico jurídico–, la *praxis* de los testigos instrumentales –para confirmar la veracidad del documento, como del acto incorporado–, la atención especial a las cualidades de los testigos –dignidad, buenas costumbres, etc., D.22.3.5.2–, el tránsito de la prioritaria prueba testifical a la documental en la etapa postclásica – por desconfianza en la fiabilidad de las declaraciones de los testigos–, la introducción de Constantino del documento constitutivo o dispositivo –tanto vale la fe de los instrumentos, como las declaraciones de los testigos, no debe prevalecer el testimonio no escrito sobre el escrito–, posiciones jurisprudenciales contrapuestas y reflejos de la consideración tradicional que daba preferencia a la testifical –perspectiva justiniana respecto a la posible discrepancia entre testigos y documentos, *comparatio litterarum*: se dará preferencia a la testimonial–, el desigual valor otorgado a los testigos en atención a su consideración social. En suma, como tiene escrito el A., “cabe considerar la Nov. 73 de Justiniano, el punto final de una lenta pero constante evolución precedente, caracterizada por el progresivo valor concedido a la prueba documental, que sólo con muchas vacilaciones consigue emanciparse y no del todo –salvo en el documento público– de la testifical, especialmente en el marco del reconocimiento del valor probatorio, la credibilidad, en último extremo, del documento tabeliónico, en atención al testimonio juramentado del notario ...” El contenido de estas constituciones (Nov. 73; 44; 47), afirma el A., “configura desde entonces hasta el momento actual, en buena medida, lo que se considera dogmática y práctica en la actividad notarial”.

En el tratamiento de la fuerza probatoria de los documentos se destaca también, el documento subjetivo –*quirographum*– y del documento objetivo *testatio*–, la *praxis* provincial –rito oral y documento probatorio en Occidente, y en Oriente, escritura constitutiva, registro público y documentos al portador (Amelotti)–, y confluencia de ambas orientaciones en destacar el valor del *documentum*, término más generalizado en etapa postclásica – frente al precedente denominado *instrumentum*–. En las páginas siguientes se afronta la cuestión de los *tabelliones* desde la primera mención en las fuentes (Ulp. D.48.19.94), las funciones según Ulpiano –redactar documentos (*instrumenta formare*), escribir instancias (*libellos concipere*), otorgar testamentos, escribirlos o sellarlos (*testamenta ordinare, vel scribere, vel signare*), los lugares para desarrollar su actividad (foro, archivos públicos)–. En suma, recogían manifestaciones concretas del ámbito negocial, y en época postclásica se amplían competencias, y el reconocimiento social y jurídico de la profesión de tabelio, llegando en la etapa justiniana a alcanzar una posición muy elevada en la organización de la cancellería imperial, considerados como eficaces colaboradores de su actuación legislativa –los *tabelliones* asumen la responsabilidad de una de las cuatro secciones de los Archivos públicos en que se insinúan los documentos–. Cabría señalar con el A., que no dejan de ser, en ningún momen-

to, profesionales privados, no obstante, en el Imperio absoluto, fueron sometidos a un estricto control y subordinación al poder político, “que les aproxima a la consideración de funcionarios públicos en diversos aspectos: a) el alejamiento de la consideración originaria del documento tabeliónico como documento privado y b) el especial reforzamiento del valor probatorio en juicio del documento confeccionado por el tabelio”. Prosigue el A., con un minucioso análisis de las fuentes en las que se aprecian las confrontaciones y oscilaciones del valor probatorio, preferente o no, de su actividad, según el tipo de documentos, y las necesidades que se desprenden de las fuentes para aproximarse los efectos de la plena *fides publica* –por ejemplo, como nos recuerda el A., en los procesos civiles (cfr. la Nov. 73. VII.), la credibilidad del documento notarial puede basarse en el testimonio juramentado del tabelio, al que ha de añadirse el del escribiente–. Otros medios de prueba podrían ser, la *confessio*, los juramentos, las *interrogationes* y las presunciones. La sentencia dictada por el juez se recogía por escrito –y se entregaba una copia a las partes–, y los remedios contra la misma cabría mencionar la apelación, el recurso de nulidad y otra excepcional –el recurso de revisión–. Aunque en la ejecución se podía mantener la probable ejecución personal, hay que recordar con él, entre otros, que se trataba de algo excepcional en la práctica, siendo lo más corriente el embargo y venta puntual de bienes específicos del condenado (recuérdese lo previsto para el régimen de concurso de acreedores que comentamos en el proceso formulario). El actor debe abonar los gastos ocasionados por la administración de justicia (pago de honorarios, esportula, *sportulae*, a los oficiales y subalternos), y en los supuestos de apreciada temeridad por incoar el procedimiento se condenará en costas. Este principio, reformado posteriormente, será asumido en todo caso por el perdedor en el juicio.

Los procesos sumarios (*summatim cognoscere*) –abreviación de la tramitación que puede afectar a las formalidades, plazos, medios de prueba, tiempo, etc., (por ejemplo, cuestiones como alimentos entre parientes, etc.)–, aunque son análogos a los procedimientos abreviados o simplificados, como nos recuerda el A., son de naturaleza diferente, pues aunque se disminuyen las formalidades, plazos, etc., no cabe en ningún caso un conocimiento abreviado de la prueba (p.e. los interdictos, etc.-cfr. C. Th, 2.4.6). En los procesos por rescripto –*per rescriptum principis* o *per libellum principi oblatum*–, el juez resuelve la cuestión litigiosa adecuándose a lo que preconiza el rescripto. Como es sabido, en ocasiones, el príncipe o la cancellería imperial, daba instrucciones, al juez que lo solicitaba, mediante un rescripto. Las controversias entre clérigos o laicos conocidas por los Obispos son abordadas por el A., bajo el epígrafe, jurisdicción eclesiástica –*episcopalis Audientia*–, en el que partiendo de las principales fuentes (especialmente cristianas y jurídicas al efecto -Constituciones Constantino, 318 y 333-¹⁶, nos describe la evolución, poniendo de relieve el punto de arranque de la institución (preceptos de las fuentes cristianas), la posibilidad de, en cualquier momento de la tramitación ordinaria, someter la decisión del asunto al Obispo –cuya decisión produciría efecto de cosa juzgada y plenos efectos civiles–, conocían de forma abreviada, pero como resalta el A., conservando las fundamentales garantías procesales, la opción inicial de acudir al mismo de forma consensuada por ambos litigantes, o por decisión unilateral, la necesidad posterior del acuerdo de ambas partes, la limitación progresiva de las competencias (perspectivas justinianeas), a cuestiones canónicas –de ahí que quepa hablar de fuero eclesiástico–, finaliza con la problemática doctrinal acerca del carácter esencial –dentro del propio ámbito jurisdiccional, o la intervención del Obispo tiene naturaleza arbitral–, en cualquier caso, como tiene escrito el A., “la decisión produce efectos vinculantes para las partes y goza de ejecutividad”.

16 Cfr., entre otros, CTh. 1.27.1; Const. Imperial de Arcadio y Honorio 398 d.C; Valentiniano III, const. año 452; Nov. 83 pr.

Con el estudio de la protección pretoria extraprocesal finaliza al A., este capítulo V. En determinadas ocasiones, si se producían determinadas situaciones extraprocesales, los pretores también dictaban resoluciones, generalmente previstas en el Edicto, aunque podían no estarlo: *interdictos*¹⁷ (prohibiendo u ordenando un determinado comportamiento), estipulaciones pretorias (ordenando la formalización de una promesa mediante contrato), puestas en posesión, *missiones in possessionem* (embargo de bienes), y *restitutiones in integrum* (teniendo por no celebrado el acto). Si no se acataba la resolución el magistrado podía imponer multas o el cumplimiento por la fuerza, actuando más bien con fundamento en su *imperium* y no en el marco propio de su potestad jurisdiccional (*magis imperio quam iurisdictionis*). Como señala acertadamente el A., “se trataba de actos no susceptibles de ser delegados, a diferencia de lo que sucedía con las actuaciones propias de la *iurisdictionis*”. El procedimiento interdicial (*ex interdicto*), constituye, en palabras del A., “el referente histórico de la actual regulación de los procesos sumarios y de las medidas cautelares o aseguratorias”. Las órdenes, de carácter administrativo, encuadradas en al ámbito de los interdictos, son analizadas por el A., exponiendo un amplio elenco de las mismas –clases: simples, dobles, privados, temporales, perpetuos, adquirir, retener, y recuperar la posesión–, y resaltando a su vez la protección, de especial forma, que se otorga por esta vía interdicial a los intereses públicos¹⁸, preferentemente, y la subsidiaridad, en determinados casos, sobre los intereses privados. La problemática de las puestas en posesión (*missiones in possessionem*) como garantía, y las facultades realmente concedidas en estos supuestos, junto a las estipulaciones pretorias con finalidad cautelar de garantía y las *restitutiones in integrum*, fundamentada en algunas de las justas causas (edad, ausencia, error, intimidación, dolo, disminución de capacidad, fraude de acreedores...), son desmenuzadas agudamente por el A., en las últimas páginas de este extenso y bien elaborado capítulo.

6.- No quisiera terminar sin poner de relieve el carácter particular abordado por el A., sobre la problemática relativa al arbitraje, los tipos de arbitraje (arbitraje no formal, arbitraje del *ius gentium*, arbitraje legal, arbitraje compromisario), la terminología en esta materia (*arbitrium merum, boni viri, arbitri, iudicis, compromissum plenum*), el papel de la *bona fides* y la equidad del arbitraje, y, finalmente, el arbitraje compromisario (acuerdo entre dos o más personas entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro). En el marco de las conjeturas, parece razonable pensar con el A., que en los primeros tiempos, con anterioridad a la organización de la administración de justicia, la decisión de las controversias se encargara a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados. El A., nos recuerda asimismo algunos aspectos de los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades (especialmente en el marco de las relaciones comerciales, recuérdese la Liga Latina, Foedus Cassianum). Como es sabido, el importante papel del arbitraje puede deducirse de numerosos textos jurídicos y literarios.

Acerca del importante papel que habría cumplido el arbitraje¹⁹ desde los primeros siglos de Roma, quiero resaltar con el A., (p. 200) que no sólo era un complemento

17 Cfr. entre otros, Albuquerque J.M. *Los interdictos en Derecho Romano*, en Derecho y Opinión, Uni. Córdoba 1996, pp. 185-228

18 Cfr., entre otros, Albuquerque J.M. *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*. Madrid 2002, pp. 55 y ss. Una remisión expresa, a este propósito, destacando y sintetizado los resultados de este estudio referido puede verse en Fernández de Buján A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, cit. pp. 186 y ss. Id. *Derecho público romano*, 8ª ed., Madrid 2005, pp. 550-552,.

19 Cfr., Ley 60/2003, de 23 Diciembre sobre Arbitraje.

o alternativa a la jurisdicción, sino que también se utilizaba como un instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes.

El uso o mantenimiento del arbitraje como técnica de resolución de conflictos en los siglos posteriores, también puede explicarse con el A., “por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria etcétera...”

La armonización del régimen jurídico del arbitraje conseguido con la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) refleja ciertas connotaciones y concomitancias que a pesar de sus innegables avances respecto a sus precedentes legislativos más recientes (ahora más repleta de sensibilidad, reforzadora de los criterios antiformalistas –al margen de la habitual exigencia de constancia escrita–, al admitir otras formalidades; la consagración de la validez de la cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal; que mantiene los conocidos efectos positivos y negativos del convenio arbitral; la flexibilidad, la libertad de las partes y de los árbitros –teniendo siempre presente el derecho de defensa y el principio de igualdad–, encaminados a la unidad de criterios), no parecen desprenderse de algunas fundamentaciones y conexiones latentes en el andamiaje jurisprudencial romano en tema de arbitraje: por ejemplo, se trataba en derecho romano de un instrumento de resolución de controversias y como hemos puesto de relieve anteriormente, vinculante, no una mera indicación; la resolución –o laudo– procedía de un tercero imparcial y elegido por las partes; parece obvio que se tratara de personas en pleno ejercicio de sus derechos; la exigencia de que la aceptación obligaba a los árbitros; la concurrencia de los pactos y su validez; el mantenimiento expreso del principio fundamental romano –equidad–, las situaciones de igualdad; audiencia y contradicción que pueden desprenderse del contexto romano (cfr., entre otros, Art. 9: Sobre forma y contenido del convenio arbitral: “El convenio arbitral²⁰, que podría adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato²¹ o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias...” Art. 12: Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros...” Art. 11: El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado...” Art. 21.1: “La aceptación obliga a los árbitros...”

En este párrafo anterior hemos indicado, sin pretensiones mayores, un reducido elenco teniendo en cuenta que un análisis profundo sobrepasa indudablemente los límites de esta exposición.

Las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos²² realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales, también son analizadas por el A., en mi opinión, en términos asumibles, destacando la libertad de la formalización de los pactos y situándonos, asimismo, en la problemática del consensualismo en

20 Cfr., sobre la idea del acuerdo arbitral, el art. 7.1 de la Ley Modelo del la CNUDMI de 21 de Junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional nos dice: El <<acuerdo de arbitraje>> es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

21 Cfr. Fernández De Buján, A. “Carácter contractual del arbitraje”. Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

22 Vid. Alburquerque J.M, “La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el Derecho Europeo actual. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.; Id. *Los pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com) Madrid 2001, pp. 1 y ss.

la época republicana. A juicio del A., la teoría de Magdelain resulta aceptable, especialmente en la medida que pone el acento en la importancia de la consensualidad en el marco de los pactos y negocios del *ius gentium*, así como en el papel jugado por el *ius praetorium* en su reconocimiento y posterior asunción por el *ius civile*²³.

A mi juicio, es sin duda una de las mejores obras de su género y supone asimismo una formidable oferta para la actual bibliografía procesal, especialmente sobre Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano. Quiero destacar el logro conseguido tras su esfuerzo y laboriosidad sabiendo conjugar el estudio con gran rigor histórico y sus proyecciones con nomenclatura moderna, principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, aportación de parte, perspectiva liberal y privatista hasta otra intervencionista y publicista de la actividad judicial.

Lo que supone claramente el reconocimiento de una realidad visible, innovadora y propia de su Magisterio, del que se desprende una vez más la acertada reflexión y profundización en el apasionante y convergente –conexo, en ocasiones– diálogo entre historia, dogmática, y realidad social y jurídica.

23 Cfr. en general, Fernández De Buján, A. “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id “*De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*”. *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2. Id. “Arbitraje”. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. “Carácter contractual del arbitraje”. *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004.