

A PROPÓSITO DE LA JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN DERECHO ROMANO

José María Blanch Nogués

Profesor Titular de Derecho Romano. Universidad Autónoma de Madrid.

La reciente publicación del libro que lleva por título <<Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano>> (Madrid, 2006) del Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN constituye a mi juicio un doble acierto: por un lado representa un manual bien escrito y manejable de Derecho Procesal Privado Romano en el que se refleja no sólo la preocupación docente y sistematizadora de la materia por parte del A., acorde con las exigencias de los nuevos planes de estudios de la licenciatura de Derecho en España, sino que también aporta el resultado de las diversas y profundas investigaciones que ha realizado en este campo; y en segundo lugar ofrece a la doctrina procesalista española una visión de conjunto de los principios informadores, caracteres y cuestiones jurídicas y metajurídicas planteadas en el Derecho Procesal Romano, el cual –no olvidemos– constituye también el referente básico y la introducción natural al estudio del Derecho Procesal vigente en países que como el nuestro están inmersos en la cultura y tradición jurídica latinas.

Comenzando con la lectura del libro vemos que el primer capítulo (pp. 13-53) empieza abordando la cuestión, difícil de tratar con rigor y síntesis didáctica en un manual de Derecho Procesal Romano, relativa al concepto y fundamento de la <<*iurisdictio*>>, que en el Derecho Romano aparece con el significado semántico de poder, actividad y función jurisdiccional de los magistrados. A este respecto el A. recoge la definición dada por LUZZATO¹ según la cual dentro del término <<*iurisdictio*>> se comprende <<el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió en Roma la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C., y con ciertos límites, también la criminal>>. En cuanto al fundamento de la *iurisdictio* el Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN sigue implícitamente, a mi juicio, una tesis que defiende una fundamentación política de la *iurisdictio* de los magistrados ya que si bien con el término <<*iurisdictio*>> se hace referencia en las fuentes a un conjunto autónomo de poderes del magistrado en la esfera de la administración de justicia, los mismos derivan de su poder de imperio². Por lo tanto, no cree en un ori-

1 LUZZATO, L., “<<*Giurisdizione*>>” EdD., (Varese, 1970), “pp.” 190 “ss.” (“p.” 191).

2 Dicha fundamentación adquiere una singular relevancia en la época de la República porque el poder de *imperium* era formalmente otorgado, o al menos ratificado, por el pueblo a través de la reunión simbólica de los comicios curiados. Asimismo el *populus Romanus*, como base constitutiva en la que se identifica el propio Estado como comunidad ciudadana políticamente organizada, es quien ostenta la titularidad de los órganos políticos republicanos. Por tanto, detrás de esa fundamentación política se perfila la conexión entre

gen independiente o separado de las respectivas funciones estatales derivadas de la *iurisdictio* y las que proceden del *imperium*³, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo (p. 16), en que quedaba abierta a lo largo de la República y época clásica la posible intervención de los cónsules en una *in iure cessio* realizada voluntariamente por las partes como forma de realizar un negocio jurídico e incluso, al menos en teoría, en un procedimiento contencioso tramitado a través de una *legis actio*, en virtud precisamente, de su poder de imperio.

Además, en esta misma línea de fundamentación política, el A. entiende que la actuación del magistrado con *iurisdictio*, sintetizada formulariamente en los *tria verba legitima* <<do, dico, addico>>, (referidos al Derecho aplicable al caso) no se limita a una mera determinación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual que se debe seguir en los formularios que han de pronunciar las partes en el litigio⁴.

La tesis política entronca de un modo natural con la exposición introductoria (pp. 17-21) de los procedimientos judiciales civiles que se sucedieron a lo largo de la Historia de Roma. Así vemos que tanto en el procedimiento de las *legis actiones* como en el procedimiento formulario la actuación del magistrado que preside y encauza la fase *in iure* no se limita a realizar una labor meramente técnica o notarial dirigida simplemente a verificar si se cumplen los presupuestos de legitimidad de las partes y los requisitos de forma exigidos por ley o en el edicto del pretor, sino que, efectivamente, tiene la función primordial de conceder o denegar la acción solicitada por el demandante, sin que frente a su decisión le quepa a aquél recurrir a una instancia superior⁵. Aún más, vemos que los litigios privados en los que intervenían extranjeros no daban lugar a un *iudicium legitimum*, es decir, a un procedimiento judicial basado en el *ius civile*, sino precisamente a un *iudicium imperio continentia* basado exclusivamente en el *imperium* del pretor peregrino. Incluso vemos que la separación del procedimiento en la fase *in iure* y la fase *apud iudicem* determina que ni siquiera el pretor pueda ir más allá de su labor de dar o denegar acción y preparar la fórmula del procedimiento formulario, sino que hace recaer sobre un ciudadano romano en representación del *populus*, en principio elegido por las partes (de lo contrario sorteado), la facultad de juzgar el caso y de dictar sentencia con lo que se subraya lo que calificaríamos – desde luego, utilizando por mi parte un lenguaje propio de la dogmática jurídica moderna - como “una fundamentación de inspiración democrática, de los poderes del Estado”. Diferente será la situación en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, dirigido todo él por un juez-funcionario, en el que, como expresa el A., se produce la desaparición de aquella bipartición del proceso entre un magistrado-autoridad política y un juez –ciudadano representante del *populus*, elegido por las partes.

los principios de Derecho Procesal Romano y las convicciones políticas y morales del *populus*. Una concepción abstracta de la justicia como jurisprudencia de conceptos y una actuación irrepudablemente técnica de la judicatura pero alejada del espíritu jurídico de los *mores maiorum* era, desde luego, algo inconcebible en la República romana.

3 El A. se adhiere a la tesis mayoritaria en esta materia seguida por autores como DE MARTINO, LUZZATTO y PUGLIESE; no obstante, LAURIA, M., “*Iurisdictio*”, *Studi in onore di P. Bonfante*, II,3, (Milano, 1930), “pp.” 481 “ss.” (“p.” 535 “ss.”), mantuvo una tesis contraria en este punto.

Podemos añadir, que no es lógico pensar que ya en los siglos V o IV a.C. existiese en la República romana un nítido deslinde de tipo constitucional entre la *coercitio* de los magistrados con imperio, entendida como poder para el mantenimiento del orden público, y la *iurisdictio* como función de administrar justicia.

4 GIOFFREDI, C., *Contributo allo Studio del processo civile romano. Note critiche e spunti ricostruttivi*, (Roma, 1947), “p.” 10, y con él autores como LUZZATTO, PUGLIESE y KASER.

5 El pretor toma dicha decisión en virtud de su propio criterio, si bien es verdad que solía estar asesorado por un *consilium* de juristas.

El A. pone de relieve a continuación (pp. 23 ss.) cómo la *iurisdictio* de los magistrados se proyectó en el doble ámbito de la jurisdicción contenciosa y voluntaria dejando bien claro que en época republicana y clásica sólo aparecen perfilados dichos campos a través de diversas manifestaciones que se daban en la práctica y que fue Marciano (D. 1,16,2,pr.-1)⁶ quien utilizó por primera vez las categorías de jurisdicción contenciosa y de jurisdicción voluntaria en el Libro I de sus Instituciones que, por otra parte, estaban fundamentalmente destinadas - como ya señaló FERRINI - a jóvenes de las provincias de Oriente que se iniciaban en el *cursus* de la burocracia imperial romana⁷.

En p. 25 y siguientes se analiza didácticamente el texto de Marciano para referirnos la polémica doctrinal sobre la oportunidad del término <<voluntaria>> como adjetivo que indica una especie del género <<*iurisdictio*>>, y sobre el significado real que tuvo dicho término en tiempos de Marciano (primera mitad del siglo III d.C.), es decir, si con dichas expresiones se aludía a la actuación del magistrado o a la intención de las partes. El A. concluye reafirmando que dicho término debe ser entendido en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, ambas partes acuden voluntariamente *in iure* para solicitar una *addictio* del magistrado, en virtud de la cual se declare jurídicamente realizado un negocio sobre el que aquéllas se han puesto previamente de acuerdo.

El Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN aborda de modo pormenorizado y también con rigor y claridad expositiva las diferencias entre la *iurisdictio* voluntaria y la contenciosa profundizando incluso en aspectos que no suelen aparecer en los manuales de Derecho Procesal romano al uso en la actualidad, lo que pone en evidencia las investigaciones del A sobre esta materia⁸; así, a título de ejemplo, destacamos como aborda

6 *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.*

7 El A. (p. 24-25) destaca con DE GIOVANNI, L., "Per un studio alle "Istitutiones" di Marciano", S.D.H.I., 49, (Roma, 1983), "pp." 91 "ss." ("pp." 99-100) y ("pp." 121-122) que Marciano escribe sus Instituciones, orientadas especialmente a la enseñanza del Derecho en provincias, "en una época en que la jurisprudencia, en las obras de carácter didáctico, dedica especial atención a definir del modo más apropiado los conceptos jurídicos, así como a dar una clasificación de los mismos". Por tanto, vemos que las Instituciones de Marciano aparecen en la misma línea de las Instituciones de Gayo de representar la consolidación de una dogmática jurídica romana a partir de la segunda mitad del siglo II d.C. y sobre todo en época de los Severos, según la cual las depuradas construcciones de la jurisprudencia clásica se exponen didácticamente sobre la base de esquemas dialécticos proporcionados por la filosofía griega. Precisamente la distinción conceptual entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria debió surgir en el seno de este ambiente intelectual.

8 Podemos destacar, entre otras, las siguientes publicaciones: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, (Madrid, 1986); "A propósito de la competencia en materia de "iurisdictio voluntaria" en Derecho Romano", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 28, (Madrid, 1988), "pp." 91 "ss."; "Diferencia ente los actos de "iurisdictio" contenciosa y los actos de la denominada "iurisdictio" voluntaria en el Derecho Romano", *Estudios homenaje del Profesor Álvaro D'Ors*, I, (Pamplona, 1987), "pp." 427 "ss."; "Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, (Madrid, 2001), "pp." 89 "ss."; "Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria", *Revista del Colegio de Abogados de Lugo*, (Lugo, 2001), "pp." 18-22; "Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)", *Actualidad Civil*, N° 36, (Madrid, 2001), "pp." 1277 "ss."; "Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional", *Actualidad Civil*, N° 37, (Madrid, 2001), "pp." 1317 "ss."; "La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias". Libro homenaje al Profesor Sánchez Mera, (Madrid, 2002), "pp." 1997 "ss."; "La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente". *Estudios jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, (Madrid, 2002), "pp." 537 "ss."; "Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro". *Estudios Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, I, (Madrid, 2004), "pp." 1655 "ss."; "La hora de la Jurisdicción Voluntaria". *Estudios Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, (Madrid, 2005), "pp." 1901 "ss."; "Jurisdicción Voluntaria", *Diario ABC*, (Madrid, 21-5-2005); *La reforma de la jurisdicción voluntaria*, *Otrosí*, *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, (Madrid, septiembre de 2005), "pp." 16-19; "El problema de la

(pp. 35-36) la distinción entre *iurisdictio* voluntaria y *iudicare de plano* (o procedimiento *de plano*) previsto para ciertos casos de jurisdicción contenciosa o penal en los que el pretor resuelve sumariamente el caso que se le plantea.

Ahora bien, la cuestión fundamental en este campo es la relativa a la naturaleza procesal y/o negocial de la *iurisdictio* voluntaria lo que a su vez le lleva al A. a tratar lo que se configura como núcleo esencial de la misma (pp. 37 ss.): la *in iure cessio* como negocio transmisivo o constitutivo de derechos en el marco del procedimiento de la *legis actio sacramento in rem del ius civile* republicano. En este sentido vemos como las manifestaciones de la jurisdicción voluntaria —*manumissio vindicta*, emancipaciones, adopciones - en tiempos de la República se verifican mediante una *in iure cessio* ante el magistrado lo que lleva a destacar la interrelación entre *iurisdictio* voluntaria e *in iure cessio* con la consiguiente polémica doctrinal sobre la propia naturaleza procesal o negocial de esta última. El A. expone sucintamente las diversas posiciones de la doctrina romanística sobre este punto y defiende la jurisdiccionalidad de la *in iure cessio* en tanto que en las manifestaciones citadas de jurisdicción voluntaria se da un verdadero proceso ya que frente a la *vindicta* de una de las partes, la otra se somete, *cedit in iure*, con la consecuencia de que el magistrado se limita a pronunciar la *addictio* a favor del primero y porque, entiende con PUGLIESE⁹, que la participación del magistrado no se justifica sino por la forma procesal del acto. Por otro lado, si bien admite con SOLAZZI¹⁰ que la *in iure cessio* se fue inclinando en época clásica hacia una naturaleza más negocial, lo cual se evidencia por una atenuación de las formalidades de la *in iure cessio*, estructuralmente se seguían cumpliendo las formalidades requeridas en la intervención del magistrado a semejanza de aquellos otros casos en los que pronuncia igualmente una *addictio* (supuestos de *indefensus* o *confessus*) y —añade -, sin embargo, nadie niega el carácter jurisdiccional de estas actuaciones. Dicha declaración procesal producía efecto constitutivo equiparable a la cosa juzgada, *res iudicata*, derivada de una sentencia.

Otra cosa será el nuevo ambiente jurídico que se gesta en época clásica tardía, es decir en tiempos de Marciano, el cual se consolida en época postclásica en el seno de la *cognitio extra ordinem* en la que se produce la disociación definitiva entre proceso y *iurisdictio* voluntaria. En este sentido, el A. pone de manifiesto como en la praxis postclásica la categoría de los actos de *iurisdictio* voluntaria, desposeídos ya de la naturaleza procesal que venía dada por el formalismo de la *in iure cessio* inserta en el procedimiento de las *legis actiones*, se amplía con la inclusión dentro de la misma *iurisdictio* de una serie de supuestos que se caracterizan por ser necesaria la intervención del magistrado (o ya en esta época de un funcionario imperial) que emite el correspondiente *decretum*; dichos actos eran dogmáticamente afines entre sí y “tendrían una naturaleza constitutiva, en ocasiones, declarativa o preventiva en otras, o de *ius cogens*, en cuanto la ley exigiría la preceptiva intervención del magistrado”.

naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”. Revista General de Derecho Romano, www.iustel.com, 6, 2005, “pp.” 119 “ss.”; *Hacia una teoría de la jurisdicción voluntaria*, I, (Madrid, 2007); “*Esperando la jurisdicción voluntaria*”, Diario ABC, (Madrid, 11-12-2007).

Por otra parte, el A. ha formado parte de la Ponencia de la Comisión General de Codificación que ha redactado el Anteproyecto de la Ley española sobre Jurisdicción Voluntaria. En este sentido cabe destacar la ponencia presentada por el Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el día 4 de mayo de 2007 (Diario de Sesiones de 5 de mayo de 2007) relativa al proyecto de Ley que el Gobierno de España envió a las Cortes sobre esta materia. Asimismo el A. ha publicado numerosos artículos en diversas sedes a lo largo de los últimos años sobre la necesidad de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en España.

9 PUGLIESE, G., *Il processo formulare*, II, (Milano, 1963), “p.” 91.

10 SOLAZZI, S., “<<*Iurisdictio contenciosa*>> e <<*voluntaria*>> nelle fonti romane”, Archivio Giuridico <<Filippo Serafini>>, Modena, 1927, “pp.” 3 “ss.” (“pp.” 175 “ss.”).

Así, el A. enmarca lúcidamente en este ámbito clásico tardío el debate existente en el seno de la doctrina romanística sobre la claridad o no de la terminología relativa a las categorías de jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria¹¹, sintetizando al respecto las más importantes posiciones sobre esta materia (pp. 45 ss.), y aporta sus conclusiones basadas sobre todo en el estudio de la fuente primordial que es el texto de Marciano referido anteriormente, respecto del cual afirma su carácter genuino¹² así como que dicho jurista – autor también de otras distinciones dogmáticas como es, por ejemplo, la existente entre la actuación *pro tribunali* y la actuación *de plano*-, no habría tenido intención de introducir una novedad institucional en el ámbito de la *iurisdictio*, sino que se habría limitado a calificar el ejercicio de determinadas competencias de los procónsules como jurisdicción voluntaria y a incluirlas dentro de la noción de *iurisdictio*, que en la época en que escribe Marciano abarcaría toda la actividad del magistrado jurisdiccional (p. 49).

En el capítulo segundo (pp. 55-74) el Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN refiere los principios y elementos básicos del procedimiento judicial privado romano. Necesariamente se ha de aludir de nuevo a la *iurisdictio* como facultad que tiene el magistrado de determinar, *ius dicere*, la norma aplicable y de dar o denegar acción al demandante, y su distinción respecto a la *iudicatio* o sentencia dictada por el juez elegido o sorteado por las partes. En este sentido no es de extrañar que el Derecho Procesal Romano, al menos en época republicana y clásica, se configurase como un sistema de acciones de tal manera que la defensa de los derechos de los ciudadanos romanos frente a terceros vendrá efectivamente determinada por la existencia o no de la correspondiente acción judicial entendida en sentido material, es decir, como facultad que tienen los ciudadanos de pretender el reconocimiento judicial de un derecho. El A. expone los principios esenciales que inspiran el régimen de los procesos judiciales romanos, y así pone de relieve como el procedimiento de las *legis actiones* se define “por las notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, intermediación, economía procesal, concentración, aportación de los hechos por las partes y principio dispositivo en cuanto que la actividad jurisdiccional se desarrolla no de oficio sino por iniciativa e impulso de los litigantes” (p. 56). En el procedimiento formulario se produce ya una evolución hacia la forma escrita que se concreta en la redacción de la fórmula. Por el contrario, el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* propio del Principado tardío y del Imperio se caracteriza “por ser predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, en las que se refuerza el papel activo del magistrado como conductor del proceso, su poder coercitivo y las cargas procesales de las partes” (p. 57). A continuación el A. llama la atención sobre la continuidad hasta nuestro tiempo del debate doctrinal acerca de los principios jurídicos en torno a los que debe articularse el proceso judicial, y en este sentido nos refiere el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, no para buscar de modo elemental forzadas identidades o analogías inmediatas entre la legislación positiva española y el Derecho Romano sino para poner en evidencia la originalidad y claridad en el tiempo de las soluciones dadas por los juristas

11 Es decir, si realmente surgen de la mano de Marciano o si, por el contrario, eran producto de una interpolación justiniana o incluso de glosemas postclásicos, y ello con independencia de la existencia en época clásica de ambas clases de jurisdicción.

12 Es de destacar (p. 49) que la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria no aparece en ningún otro texto de la Compilación de Justiniano lo que “avala quizá incluso más la hipótesis de que no se trata de una alteración postclásica o justiniana”. Véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisprudencial de la denominada por Marciano *iurisdictio voluntaria*” en *D. 1, 16, 2pr.*”, Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias, I, (Madrid, 1988), “pp.” 197 “ss.”

romanos ante cuestiones procesales que se repiten de generación en generación a lo largo de los siglos.

El Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN refiere asimismo dentro de los elementos del proceso romano las cuestiones que se plantean en torno a las partes intervinientes en el mismo y el tema de la representación procesal exponiendo sintéticamente la distinción entre las figuras del *cognitor* y del *procurator*¹³, y con cierta minuciosidad, los diferentes tipos de *cautiones* que deben prestarse en cada uno de los supuestos de representación procesal. También se abordan temas como son el lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional o el relativo al magistrado competente para conocer del caso o los procedimientos que se sucedieron en Roma para la elección o sorteo de las listas de jueces y árbitros incluidos en el *album* del pretor y los problemas más importantes que se plantearon al respecto.

En los capítulos tercero (pp. 75-105) y cuarto (pp. 107-159) se exponen respectivamente, de forma pormenorizada y didáctica, las características y el *iter* procesal en los procedimientos de las *legis actiones* y formulario. Debemos reseñar el acierto del A. de ir apoyando sus afirmaciones con las citas de los correspondientes fragmentos de las Instituciones de Gayo, lo cual constituye una buena técnica para no caer en la tentación de formular, al hilo de la exposición, enunciaciones dogmáticas carentes de base suficiente en las fuentes así como también para exponer diversos aspectos de los procedimientos judiciales romanos, como sucede por ejemplo, con la información que nos proporciona el pasaje contenido en Gai. 4.48¹⁴ (p. 94), del que resulta la posibilidad de que en el procedimiento de las *legis actiones* el juez pudiese condenar al *reus* obligándole a entregar la cosa objeto del litigio al demandante vencedor y no su valor en dinero, lo cual –añadimos- sería coherente con el hecho de que los romanos –pueblo de agricultores más que de comerciantes- no utilizaron el dinero amonedado seguramente hasta el siglo IV a.C.; o el dato aportado por Gai. 3, 130-137 (p. 131), en virtud del cual vemos que en tiempos de este jurista todas las *praescriptiones* incluidas en la fórmula del proceso se planteaban a favor del demandante (*pro actore*), si bien – a tenor del texto gayano- resulta que antiguamente cabía plantear *praescriptiones pro reo*, es decir, a favor del demandado, que fueron transformadas en excepciones por asimilación a éstas.

Al mismo tiempo, al hilo de la exposición de la materia, el A. profundiza también en cuestiones inherentes al proceso o relacionadas con el mismo lo que evidencia sus investigaciones en este campo de conocimiento, como pueden ser, a título de ejemplo: los diferentes plazos de elección y nombramiento del *iudex* según la *legis actio* declarativa de que se trate, la mención de las diferentes posiciones doctrinales sobre el verdadero alcance de la *lex Aebutia* del 130 a.C. respecto de la introducción del procedimiento formulario entre los ciudadanos romanos, la explicación detallada de los efectos de la *litis contestatio* en dicho procedimiento, la enumeración de las diversas formas de valoración de la condena por parte del juez según el tipo de acción de que se trate (*quanta ea res fuit, est, erit, id quod interest...*) con mayor abundamiento en el significado y evolución de las acciones de buena fe en el Derecho Romano, el alcance de la cláusula arbitraria en la fórmula, la relación de las clases de acciones en el procedimiento formulario, el estudio de las pruebas que podían hacer valer las partes ante el juez con referencia especial a la prueba testifical, los efectos de la sentencia dictada por el *iudex*, los recursos procesales contra la misma o, incluso, una interesantísima des-

13 Sobre esta materia véase la contribución de QUINTANA ORIVE, E. – BLANCH NOUGUÉS, José M., “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”, R.I.D.A., 45, (Bruxelles, 1998), “pp.” 321 “ss.”

14 “...*iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat...*”.

cripción física de las tablillas que contenían la fórmula del procedimiento formulario. También hemos de destacar la exposición que hace el A., en esta misma línea de equilibrio entre didáctica e investigación, sobre la ejecución en el procedimiento formulario, sus orígenes en el Derecho pretorio, destacando en este sentido la importancia de la actuación del pretor Rutilio (s. II a.C.) en esta materia, precisamente a tenor de la lectura de Gai. 4,35 que refiere la introducción de la fórmula rutiliana en este ámbito¹⁵.

El capítulo quinto del libro (pp. 160 – 197 ss.) aborda el procedimiento *extra ordinem* y los remedios pretorios extra procesales. El Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN comienza aludiendo al origen y caracteres esenciales del nuevo procedimiento ligado a la consolidación del absolutismo político existente en el Principado e Imperio; así, señala que “la *cognitio* extraordinaria supone una nueva concepción de la Justicia y del Estado, alejada de la libertad republicana y de la participación directa del ciudadano, como juez elegido por las partes, entendida como garantía democrática frente al poder estatal” (p. 169).

En la exposición de este capítulo señala al referir el tema de la prueba en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* que aunque ninguna ley, senadoconsulto o constitución imperial reguló la prueba de forma global, en Cth. 11,39, (*de Fide testium et instrumentorum*), aparece un primer y fragmentario intento de sistematización de la prueba en el proceso romano; a partir de ahí desarrolla las líneas de evolución de la prueba testifical y documental en Derecho Romano postclásico y justiniano¹⁶, así como el carácter y función de los *tabelliones*¹⁷ (notarios), en un tiempo en el que confluyen sobre esta materia, por un lado, principios jurídicos helenísticos y egipcios que dan presencia –como señala el A.- a la escritura *ad substantiam*, con los genuinamente romanos que dan prioridad al principio de la *veritas rei*, siendo una época en la que también se produce la sustitución paulatina de las *tabulae ceratae* por el pergamino, se da prevalencia absoluta a los *quirographa* griegos en la actividad negocial, y en la que se va formando en la legislación y en la praxis una jerarquía probatoria de la prueba documental hasta llegar a la Nov. 73 de Justiniano en donde se distingue entre *instrumenta publice confecta* redactados por notarios¹⁸, *instrumenta quasi publice confecta*, es decir, documentos privados pero otorgados ante tres testigos de buena e íntegra reputación y, por último, documentos privados.

15 Una cuestión de interés que me suscita la lectura de estas páginas de la monografía es la que se refiere a la relación entre la actividad pretoria en este campo y la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.. Sobre este aspecto véase, PÉREZ ÁLVAREZ, P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, (Madrid, 2000), “pp.” 63 “ss.”; “pp.” 73 “ss.”; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 11, (Madrid, 2004), “pp.” 102 “ss.”

16 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*”, Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola, II, (Madrid, 2006), “pp.” 3219 “ss.”

17 Como se indica en p. 171-172, la primera mención a los *tabelliones* la hace Ulpiano en D. 48,19,9,4, en donde se hace “una nítida separación entre profesiones jurídicas al distinguir entre *iuris studiosi*, *advocati*, *tabelliones* y *pragmatici*, si bien –advierte- este último término quizás sea una alteración del texto ulpiano”. En dicho fragmento también se relacionan las actividades de los *tabelliones* así como los lugares públicos en los que ejercen sus actividades. Por otro lado, en una Constitución del emperador León del año 472 se utiliza por primera vez la expresión *instrumenta publice confecta* para referir al documento tabeliónico y se establece una graduación del valor probatorio de los distintos tipos de documentos. Véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Fides publica e instrumenta confecta en Derecho Romano*”. *Revista de estudios latinos (RELat.)*, 1, Madrid, 2001, “pp.” 189 “ss.”

18 En los mismos va a prevalecer la prueba documental sobre el cotejo de las letras y declaración de testigos siempre que se dé un reconocimiento jurado del notario correspondiente, lo que evidencia el prestigio social y control público sobre dichos profesionales en época postclásica y justiniana. Aún más, señala el A. que las Novelas 44 y 47, junto con la 73, “configuran, desde entonces hasta el momento actual, en buena medida, lo que se considera dogmática y práctica en la actividad notarial” (p. 169).

Además, en el capítulo quinto no sólo se exponen las líneas maestras de la evolución y caracteres del procedimiento cognitorio sino que se abordan materias tales como los posibles recursos contra la sentencia dictada por el juez, la ejecución de dicha sentencia, el nuevo régimen relativo a las costas que derogó el principio de gratuidad del procedimiento republicano, o los procesos especiales por rescripto que eran sustanciados en la Cancillería Imperial, bien en la sección *a cognitionibus*, bien en la sección *a libellis*, o directamente ante el *quaestor sacri palatii*, los cuales daban lugar a un *decretum* imperial que tenía la fuerza ejecutiva de una sentencia. También se alude a los casos en los que se desarrollaba ante el juez ordinario un proceso judicial sumario o, en su caso, abreviado. Por último, se contiene una exposición sintética sobre la *Episcopalis Audientia* como jurisdicción especial que se desarrolló en época postclásica y justiniana.

En p. 182 y siguientes se exponen las medidas pretorias extra procesales basadas en el imperio del pretor, dentro de las cuales el A. analiza especialmente los interdictos “mediante los cuales se protegen fundamentalmente intereses públicos y sólo subsidiariamente intereses privados no indiferentes a la comunidad política, en cuanto que afectan por ejemplo a la familia, a la herencia o al estado civil” (p. 184). En particular realiza una amplia enumeración de los interdictos tipificados en Derecho Romano y aborda cuestiones tales como el origen de los mismos en general o el procedimiento judicial *ex interdicto* que tiene lugar en el caso de que el destinatario de la orden del magistrado se niegue a acatarla, y destaca especialmente las conclusiones que sobre esta materia ha aportado ALBURQUERQUE¹⁹ en sus estudios sobre la protección o defensa interdicial del uso colectivo de las cosas de dominio público.

El A. añade una contribución importante en el capítulo sexto (pp. 199-229) relativa al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos entre partes en el Derecho Romano el cual quizá no llegó a tener un reconocimiento jurídico y una reglamentación acordes a su importancia en el ámbito social, al menos en parte, por el carácter arbitral que en buena medida tenía el procedimiento formulario lo que –como señala el A. – “habrá producido como consecuencia, una menor necesidad de la institución arbitral, en relación con la sentida en época de las *legis actiones* y la *cognitio* extraordinaria” (223). En sus observaciones preliminares el Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN aporta datos sobre los orígenes del arbitraje privado romano y sobre las ventajas e inconvenientes de éste como técnica de resolución de los conflictos respecto del procedimiento judicial, y a continuación analiza los diversos términos jurídicos que se fueron acuñando en las fuentes romanas para designar los diferentes aspectos del proceso arbitral, lo cual evidencia a su vez el desarrollo en la praxis jurídica de una técnica jurídica aplicada a un verdadero proceso arbitral que aparecía como paralelo y coetáneo respecto del proceso judicial²⁰. Vemos como surge a lo largo de la experiencia jurídica romana un primer tipo de arbitraje no formal como simple pacto dirigido a confiar la resolución de un conflicto a un árbitro, posteriormente el arbitrio *ius gentium* en el que las controversias entre ciudadanos romanos y peregrinos se someten a un *arbiter* nombrado por el pretor peregrino, y por último, aparece el arbitraje compromisario (pp. 222-227) en el

19 ALBURQUERQUE, J.M., *La protección o defensa de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, (Madrid, 2002); “Publicidad de los ríos en Derecho Romano. Perspectiva interdicial y criterios jurisprudenciales”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 7, Madrid, 2002, “pp.” 9 “ss.”; “El cauce de las orillas de los ríos públicos en el Derecho Romano. Visión interdicial y jurisprudencial (D. 43,12,1 y D. 43,12,1,5)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 7, (A Coruña, 2003), “pp.” 37 “ss.”; *Expresión interdicial “ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (D. 43,13,1.pr.), *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, (A Coruña, 2004), “pp.” 53 “ss.”

20 *Arbitrium merum, arbitrium boni viri, arbiter, arbitrator, arbitrium arbitri, arbitrium iudicis, arbitrium o compromissum plenum*, etc...

que las partes pactan previamente (*compromissum*) que someterán las controversias que surjan en una materia a un árbitro nombrado por el pretor realizando aquéllas al mismo tiempo *stipulationes* penales para obligarse jurídicamente, mediante acciones, al cumplimiento del arbitraje.

Estas formas de arbitraje voluntario presentan cuestiones que el A. expone a la luz de sus investigaciones²¹ en este campo entre las que destacamos, en primer término, que el pacto convenido entre las partes, de proceder y acatar el arbitraje, no sólo va a gozar de la protección pretoria general a los pactos que aparece en el edicto de *pactis* recogido en D. 2,14,7,7²², y por tanto, de la *exceptio de pacto* y de la *denegatio actionis* sino que, aún más, las partes podían y solían solicitar al magistrado el nombramiento de un árbitro, bien directamente, o bien en el caso de que aquéllas no se pusiesen de acuerdo en su elección, con lo que el arbitraje voluntario quedaba entonces sujeto al poder de *iurisdictio* del pretor que podía fijar sus condiciones al respecto, por ejemplo, en materia de plazo para dictar sentencia, o respecto a las cualidades personales del árbitro; en este sentido el A. presenta una relación de reglas jurídicas que fueron aplicables al arbitraje compromisario a partir de época clásica y que fueron recogidas en el Digesto, las cuales vienen a poner de relieve la progresiva reglamentación de esta materia en el Derecho Romano.

Ahora bien, el arbitraje como modo de resolución de los conflictos también llegó a integrarse en el seno del proceso judicial romano a través del llamado arbitraje legal previsto ya en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y luego en la *lex Licinia* del 210 a.C.²³ para los supuestos de división de una herencia o de una cosa común de tal manera que el pretor procedía al nombramiento de un árbitro, elegido por las partes, con facultades para dividir y distribuir la herencia o la cosa en copropiedad.

Además el estudio del arbitraje voluntario romano constituye un campo de extraordinario interés que permite seguir las huellas del proceso de formación de los contratos de buena fe desde mediados de la República hasta su definitiva caracterización como tales en fuentes como las Instituciones de Gayo. Se trata de una línea de evolución²⁴ sintetizada por el A. en este capítulo final de su libro (pp. 210-220) que parte de la consideración de los *pacta conventa*²⁵ celebrados en el seno de las relaciones comer-

21 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Contribución al estudio histórico-jurídico del Arbitraje”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 8, (Madrid, 2003), “pp.” 215 “ss.” [= Revista General de Derecho Romano, www.iustel.com, 1, 2004].

22 *Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

23 Se cita también un pasaje de Cicerón (*Cic., pro Roscio*, 4,11) en el que se afirma que en caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedía al nombramiento de un árbitro.

24 Como se indica en p. 219 dicha línea de evolución fue sustentada básicamente por BROGGINI, G., *Iudex Arbitrerie: prolegomena suum officium des romischen privatricters*, (Köln, 1957), “pp.” 218 “ss.”, y se ha convertido en mayoritaria en la doctrina a la que se adhiere el Autor. En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, 8, (A Coruña, 2004), “pp.” 331 “ss.”

Por el contrario – añade – para otros autores, los *iudicia bonae fidei* no responden a una creación pretoria, sino que han sido siempre civiles, al estar fundamentados en el *ius*, la *fides* contractual o los *mores maiorum* y su creación no ha sido obra de los pretores, sino más bien labor de la jurisprudencia.

25 MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'Edit du preteur*, (Paris, 1958); « *Les actions civiles*, Paris, 1954; *Gaius IV,10 et 33. Naissance de la procedure formulaire*”, Tj. 59, (La Haye, 1991), “pp.” 239 “ss.”, concibió la obligatoriedad de ciertos pactos en época republicana como base de la posterior configuración y sistematización de los contratos consensuales en época clásica. De esta forma el *edictum de pactis* pretorio otorgaría no sólo excepciones sino acciones para exigir el cumplimiento de ciertos pactos, de tal manera que la cláusula edictal referida en D. 2.14.7.7 constituye el anuncio y antecedente de los juicios de buena fe contractuales. Como señala el Prof. FERNÁNDEZ DE BUJÁN “la historia del *pactum* es anterior

ciales entre romanos y peregrinos, los cuales estaban protegidos por el pretor peregrino, de tal manera que en caso de discrepancia entre los intervinientes tenía lugar un arbitraje basado en la *bona fides* reconocida por el *ius gentium*; la posterior recepción de dichos pactos en el edicto del pretor peregrino - del que pasarían luego al del pretor urbano - en el que se preveían *arbitria bonae fidei* en los que los árbitros darían su parecer - *aestimatio* o *arbitrium* - con arreglo a criterios de *aequitas* y *bona fides*²⁶ (p. 206); el trasvase de este ámbito al propio del *ius civile* como negocios *iuris gentium* de buena fe, que darían lugar a los correspondientes *iudicia bonae fidei*; y por último, la transformación e inclusión por la jurisprudencia clásica de los más destacados pactos dentro de los negocios tipificados como contratos consensuales de buena fe. De esta forma el A. expone a título de ejemplo - a partir de la contribución de BROGGINI y según esta línea de evolución jurídica -, el origen y configuración del contrato de compraventa a lo largo del Derecho Romano republicano y clásico. El arbitraje privado romano se configura así como la clave para entender el proceso que lleva a la tipificación de los contratos consensuales.

Por último, destacamos que la monografía contiene las respectivas reseñas bibliográficas al término de cada capítulo y un cuidado índice de términos jurídicos al final del libro.

Terminamos esta serie de observaciones e ideas inspiradas por la lectura del libro del Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN constatando que no estamos sólo ante un nuevo manual de Derecho Procesal Romano sino ante una excelente monografía en la que se refleja la fecundísima inquietud investigadora y didáctica de su Autor.

a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habrían producido en el marco del comercio, de la libertad de formas y de la consensualidad” (p. 210), y en este sentido entiende que “la teoría de MAGDELAIN resulta aceptable especialmente en la medida en 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*” (p. 211).

26 Por tanto, los árbitros nombrados por el pretor recibían el mandato de decidir conforme a criterios de equidad y buena fe. Como pone de relieve el A., la *bona fides* como criterio de interpretación de los pactos del *ius gentium* adquiere verdadera fuerza expansiva en el Derecho Romano y acaba por configurarse en un principio general informador de dicho ordenamiento así como también de nuestros ordenamientos jurídicos del que han nacido como ramas de un tronco común, entre otras, la teoría medieval de los actos de emulación o la teoría del abuso de derecho.