

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, 1ª edición, Col. Biblioteca Jurídica Básica, Iustel, nº 4, Madrid, 2006, 241 págs

No cabe la menor duda que la obra *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano* del profesor Fernández de Buján, A. ha conseguido un amplio calado entre los romanistas ya que, en poco tiempo, ha sido objeto de múltiples recensiones (v.gr., Rodríguez Ennes, L.; Reinoso Barbero, F.; Agudo Ruíz, A.; Herrera Bravo, R.; Ortega Carrillo de Albornoz, A.; Alburquerque, J.M., Pendón Meléndez, B.; Nieva Fenoll, J.; Ricart Marti, E.) siendo todos unánimes en subrayar las múltiples virtudes que presenta esta obra. No podía ser de otra manera, el éxito de su trabajo viene avalado por años de intensa y fructífera investigación sobre el tema de la *Jurisdicción Voluntaria*. De hecho, ha publicado más de treinta artículos sobre la materia, así como distintas monografías publicadas desde 1986 hasta la fecha. Ha sido Vocal de la Comisión General de Codificación en el 2002 y de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (2002-05) y, en la actualidad, es Investigador Principal del Proyecto de Investigación *La Reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente y propuestas de futuro. Derecho Comparado*. Por último señalar que, en enero del presente año, tuvimos el honor de contar con su presencia en la Facultad de Derecho de Granada ofreciéndonos en el Aula Magna de la Universidad una conferencia titulada *El nuevo marco legal de la Jurisdicción voluntaria*, en la que juristas de distintas áreas asistimos, aprendimos, compartimos reflexiones y, por supuesto, agradecemos su magnífico magisterio.

En líneas generales, se puede decir que esta obra está escrita de forma clara y sencilla, dado su enorme esfuerzo de sistematización, pero al mismo tiempo con una constante utilización de fuentes jurídicas que permite, en definitiva, alcanzar esa difícil conciliación entre el rigor científico y el mantener el continuo interés del lector por el tema que nos presenta.

La obra se presenta estructurada en seis capítulos y éstos, a su vez, en distintos apartados posibilitando la sistematización, a la que antes hacíamos referencia, sobre los siguientes contenidos:

En el primer capítulo titulado *Jurisdicción*, el Autor comienza su exposición aclarando que la *iurisdictio* romana no se corresponde en todos sus aspectos con la jurisdicción actual, al menos hasta la época clásica. Por ello, analiza dicho término exponiendo las distintas opiniones doctrinales y adhiriéndose a aquellos (como De Martino, Pugliese y Luzzato) que consi-

deran que dicha palabra hace mención a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que puede ser objeto de una atribución legislativa de competencia o bien de delegación y conferidos a magistrados privados de dicho *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento.

A continuación, dedica un minucioso análisis a las etapas histórica del proceso, exponiendo el origen y evolución del *ordo iudiciorum privatorum* y destacando que, en la época originaria del procedimiento de las *legis actionis* y antes de que surgiera el procedimiento formulario, los litigios entre ciudadanos romanos y peregrinos o bien peregrinos entre sí, se resolvían ante el magistrado romano, que decide la controversia no mediante un *iudicium* legítimo, con aplicación del Derecho civil romano, sino –dice el A.– con fundamento en su poder de imperio, lo que da lugar a los denominados *iudicia imperio continentur*. Cuestión ésta de enorme interés porque supone explicar en cierta medida que, con anterioridad al procedimiento formulario, las controversias entre extranjeros se resolverían a través de dichos *iudicia*. En efecto, de todos es conocido que el pueblo romano de época arcaica y principios de la preclásica mantuvo relaciones con otros pueblos de la antigüedad mediante los distintos *foedus* y, gracias a ellos, muchos peregrinos pudieron servirse del *hospitium* que le ofrecía Roma para que sus derechos y pretensiones, cuando surgían conflictos en territorio romano, pudieran resolverse; aunque, también es verdad, que otros muchos extranjeros simplemente sometiéndose como clientes a los grupos gentilicios, pudieron integrarse en la sociedad romana y ser representados por el *paterfamilias* ante cualquier situación litigiosa en la que se vieran implicados, puesto que sin el *paterfamilias* la incapacidad procesal de los clientes era notoria, tal y como puso de manifiesto en su momento Franciosi, G., *Ricerche sulla organizzazione gentilicia romana*, vol. II, Napoli, 1988, pág. 136.

Un apartado muy interesante, dentro de este primer capítulo, es la determinación del concepto, naturaleza jurídica y contenido de la denominada jurisdicción voluntaria, exponiendo la disparidad de criterios que establece la doctrina y señalando –en palabras del A.– que su denominación surge porque no está, en ciertos aspectos, apuntalado el andamiaje científico que proporciona el Derecho moderno; sin embargo, la significación y el dualismo romano entre *iurisdictio contenciosa* y *iurisdictio voluntaria* no difiere mucho del moderno. La expresión *iurisdictio voluntaria* aparece por primera vez en el Libro I de Marciano, en D.1,16,2 pr.-1; texto no exento de polémica pero, como señala el A., el vocablo voluntaria hace referencia a la participación del magistrado *inter volentes*, es decir, entre personas que espontánea y voluntariamente reclaman la intervención del magistrado, acordando someterse de antemano al resultado de su intervención y, en caso contrario, cabría la vía de la jurisdicción contenciosa. En consecuencia, el magistrado en la jurisdicción voluntaria –y a diferencia de la contenciosa– se limitaría a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar

en la constitución de una situación o relación jurídica. Suponiendo, todo ello, una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes y que, probablemente, evitaría la solución de muchos conflictos que, en caso contrario, darían lugar a la *iurisdictio contentiosa*.

Seguidamente, el A. expone los supuestos en los que el magistrado puede actuar en jurisdicción voluntaria para actos *in rem suam*, esto es, que le afecten a él o a sus familiares y cuyo origen se remonta a la *Lex Augusti*. Concluyendo este apartado, con la exposición de la contraposición entre *iudicare de plano* y *iudicare pro tribunali*, es decir, distinguiendo aquellos supuestos en los que el magistrado se sienta o no en un plano más elevado en el Tribunal según la gravedad de los delitos o para supuestos como la *actio rei uxoriae*, acción de buena fe por la que la mujer divorciada podía reclamar a su marido la restitución de los bienes que hubiese aportado como dote al matrimonio. Cuestión ésta que invita al lector a la reflexión y comprensión del periodo de transición que va entre la regulación por los *mores maiorum* hasta tomar la iniciativa el poder público, mediante el proceso de *iudicare de plano*, para resolver muchas cuestiones de derecho privado; como es el caso, que nos cita el A., sobre la *actio rei uxoriae* ya mencionada y que, hasta el momento, dichos *mores* se habían encargado de considerar que era un deber moral del marido (*officium*) el devolver la dote ante la disolución matrimonial por repudio o divorcio.

Realiza también el prof. Fernández de Buján un análisis sobre la estructura procesal de la *in iure cessio* en las épocas republicana y clásica, así como de la *legis actio* y *iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y postclásicas, señalando que posiblemente a partir de las *Leges Iuliae* comenzase a vislumbrarse la distinción entre la actuación jurisdiccional que suponía un proceso serio y riguroso de aquellos supuestos en los que el magistrado no intervenía más que para volver auténticos determinados actos voluntarios de la vida privada, en los que no había, en sentido estricto, contención entre las partes, y respecto de los cuales se continuaba utilizando el expediente de una *in iure cessio* a través de las formalidades de una *legis actio*. Concluye el A. este capítulo con la exposición de la progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso como consecuencia de la abolición, en época postclásica, de la distinción entre *iurisdictio* y *cognitio*, así como la desaparición de la estructura procesal de la *in iure cessio*, lo que conllevaría la ausencia de naturaleza procesal en las actuaciones que se formalizaban mediante la misma. Por tanto, aquellos supuestos que requerían el cumplimiento de una *in iure cessio* que finalizaban mediante una *addictio* del magistrado, como los que se perfeccionaban simplemente mediante un *decretum* magistral, serían consideradas de *iurisdictio* en sentido estricto, mientras que en época postclásica serían englobados dentro de una categoría de actos dogmáticamente afines que, probablemente, Marciano haya denominado por primera vez de *iurisdictio voluntaria*.

El capítulo segundo titulado *La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales*, está estructurado en dos apartados. En el primero, denominado *Actio. Iuridictio. Iudicatio*, el A. parte de la Ley de la XII Tablas para resaltar lo que significaron, desde el punto de vista histórico y jurisdiccional. Concretamente, cuando la comunidad política romana fue consciente de la necesidad imperiosa de asumir el monopolio de la administración de justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social. En este sentido, el A. no duda en resaltar que la vertiente progresiva de la legislación decemviral se manifiesta en las notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, inmediación, 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 de los litigantes. Criterios que, como muy acertadamente señala el A., son coincidentes con los principios informadores del reformado proceso civil español, conforme a la Ley de 7 de enero del año 2000. A continuación, expone de forma rigurosa y clara la evolución histórica del contenido jurídico-procesal de los términos antes mencionados *Actio Iuridictio. Iudicatio*. En el segundo apartado, bajo el título *Partes. Representantes. Lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional. Competencia*, el A. analiza la legitimación de las partes y los distintos casos de representación, tanto de la época de las *legis actionis* como del procedimiento formulario, preocupándose de diferenciar de forma precisa la distinta actuación del *cognitor*, del *procurator* y del *defensor*. Finaliza este apartado señalando cuales eran los días aptos para la actividad judicial, así como el lugar en el que se producen las actuaciones ante el magistrado y el juez destacando que, en materia de jurisdicción voluntaria, todos días eran hábiles para solicitar la intervención del magistrado o para que éste actuase de oficio en los casos previstos en la ley, de modo similar a lo que ocurre en el derecho vigente con el art. 1812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Por último, en cuanto al lugar, también en supuestos de actos de jurisdicción voluntaria, los magistrados podían ejercer su función fuera de su circunscripción territorial, concretamente, en cualquier lugar que se les requiriese.

En el tercer capítulo encontramos un detallado y muy bien estructurado *Procedimiento de las legis actionis*, comenzándolo con una exposición de la importancia de la citación y comparecencia de las partes, imprescindibles para el inicio del proceso. Proceso que, por otro lado, se caracterizaba por el riguroso respeto a las palabras prescritas en el texto legal, *certis verbis*, ya que el más leve error o incumplimiento de lo estrictamente exigido provocaría la pérdida del litigio, además del secretismo que por mucho tiempo rodeó la actuación ante el magistrado, al estar en manos de los juristas-sacerdotes todo el saber jurídico hasta la secularización de la jurisprudencia que encontraría un momento decisivo con la publicación de las fórmulas de las acciones, en el siglo IV, por un miembro el Colegio Pontifical y censor Apio Claudio. De esta manera, se pasaría del secretismo

a la asunción de la publicidad, como principio informador de la actividad jurisdiccional. A continuación, profundiza sobre el contenido de las distintas *actiones* señalando que, probablemente, de las cinco acciones de la ley, las tres primeras que son declarativas estarían basadas en los *mores maiorum* y tendrían carácter predecemviral, mientras que las dos últimas eran ejecutivas y habrían sido reguladas por primera vez en la Ley de las XII Tablas. Concluye este capítulo con la fase ante el juez, explicando de forma muy clara que la concentración, brevedad y presencia activa del juez o intermediación, eran pues características consustanciales a esta fase del proceso. Las partes podían ser defendidas por oradores (*oratores*) o abogados (*advocati*) y tras la exposición de las pruebas (siendo la testifical la de mayor importancia), la sentencia era expuesta de forma oral y pública por el juez o el presidente del Tribunal ante las partes, sin que pudiera darse un recurso de apelación sobre la misma.

Hacia el año 130 a.C. la *lex Aebutia* introdujo el procedimiento formulario con una tramitación semejante a la desarrollada ante el pretor peregrino en los pleitos en los que intervenían extranjeros. Por otro lado, con esta ley se permitía a los ciudadanos romanos elegir entre litigar por este o por el de las *leges actionis*. Sólo con las *leges Iuliae* de la ordenación de los juicios públicos y privados, en torno al año 4 d.C., se derogaría las acciones de ley, con las excepciones del juicio ante los centunviros, del juicio por el daño temido y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como la implantación del procedimiento formulario con carácter obligatorio. De todo ello, nos informa el jurista Gayo en I. 4,30 aunque, como señala el A., el jurista no hace referencia a los actos que Marciano denomina de *iurisdictio voluntaria*, si bien el prof. Fernández de Buján se encarga de recordarnos que son diversos los textos clásicos en los que se menciona la *legis actio* a propósito de esta manifestación de la jurisdicción, como es el caso de Ulpiano, en D.1.16.3; o del mismo jurista en D.1.20.1.

En el capítulo cuarto, titulado *El procedimiento formulario*, el A. realiza un desarrollo del mismo explicando, en primer lugar, las razones de que este proceso se llame *per formulam*, es decir, en atención al escrito o fórmula en el que constan las posiciones de las partes y los extremos a los que debe someterse la sentencia del juez. En definitiva, supone el intento de superar las fórmulas verbales para dar paso a las fórmulas escritas (*certa verba*). Continúa con la explicación de la citación de las partes y las distintas posibilidades que pueden acaecer antes de llegar a la *litiscontestatio*. Concretamente, analiza la *confessio*, *indefensio*, *iusiurandum*, *transactio*, *desistimiento*, *interrogaciones* y *cautiones*; eventuales actuaciones ante el magistrado que servían para que éste concediese o denegase la acción solicitada. Propuesta la fórmula y aceptada por el magistrado, esta fase *in iure* concluye con la aceptación del juez, elegido por las partes y designado por el magistrado. Así se llega a la *litiscontestatio* en la que, el A., se encarga de resaltar y sistematizar los importantes efectos que produce la misma en este procedimiento.

La estructura de la fórmula, con sus partes esenciales y accidentales, ocupa dentro de este capítulo un amplio apartado, en el que además de mostrar el grado de evolución del proceso nos subraya el A., cuando explica las acciones basadas en la buena fe, la importancia de la *bona fides* romana que, si bien nace en el *ius gentium* como modelo de comportamiento, acaba configurándose en el derecho vigente español y comunitario, como un concepto jurídico indeterminado y un principio general informador de todo el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la actividad del pretor romano –continúa diciendo el A.–, acaba convirtiéndose, por diversos caminos, en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe. Finalizada la *litiscontestatio*, se esboza la fase *apud iudicem* ante el juez, practicándose ante él los distintos medios de prueba para proceder posteriormente a dictar sentencia que, en esta época, tiene que guardar una plena fidelidad a la fórmula. En el último apartado de este capítulo se hace una reflexión sobre la ejecución de la sentencia.

Procedimiento extraordinario, *cognitio extraordinaria*, es el título del capítulo quinto de esta obra. Su denominación obedece –nos explica el A.– a que la tramitación procesal, en determinados asuntos, no se regía por la normativa ordinaria, propia del procedimiento formulario. Las nuevas características que adopta el nuevo procedimiento (eliminación de la bipartición del proceso, pérdida de la eficacia de la *litiscontestatio*, posibilidad de apelar las sentencias, entre otras) supone una nueva concepción de la Justicia y del Estado ya que, como dice el A., ahora se encuentra más 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. En efecto, el absolutismo imperial se manifiesta en el nombramiento por el emperador de los magistrados jurisdiccionales, en la creación e interpretación del derecho por medio de las Constituciones imperiales, lo que supuso –en palabras del A.– un clamoroso retroceso histórico respecto a los logros de independencia judicial y libertad de la república y una ominosa asunción de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por el poder constituido.

En el apartado siguiente, dentro de este mismo capítulo, se hace una minuciosa exposición de la tramitación del procedimiento extraordinario, en el que trata de la citación, comparecencia, *litiscontestatio*, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos. Merece la pena destacar del exhaustivo análisis que lleva a cabo sobre los medios de prueba. En concreto, la distinta concepción que en Oriente y Occidente se mantuvo sobre el documento. Siguiendo en este sentido a Amelotti, el A. nos dice que se dio una confluencia entre los dos mundos: el mundo de Occidente del rito oral y el documento probatorio y el mundo de Oriente, de Egipto, de Grecia, caracterizado por la escritura constitutiva, el registro público y los documentos al portador. Dicha confluencia da lugar a una legislación contradictoria, tanto desde el punto de vista de la prioridad entre la escritura *ad substantiam* del mundo Oriental y el principio de la *veritas rei* del

Occidente romano, como desde el punto de vista de carga de la prueba, con oscilaciones entre Constituciones que atribuyen en óptica orientalista, y otras disposiciones imperiales que establecen que, el que presenta la escritura, debe probar su autenticidad, sin que ello suponga, en ningún caso, la limitación de la libre valoración de la prueba por el juez. De ahí que, el A., consiga encontrar un punto de conciliación entre ambas concepciones con el especial valor probatorio del *documentum*, esto es, término que en la etapa postclásica se generaliza en su uso, frente al más antiguo de *instrumentum*, que caracteriza en mayor medida los siglos anteriores. Junto al auge del *documentum*, también adquirió mayor protagonismo la clase profesional de los *tabelliones*, como expertos profesionales en la técnica documental y en la materia jurídica que, a cambio de honorarios, ponían sus conocimientos al servicio de los profesionales que se lo requerían. Finaliza este capítulo con la exposición de los procesos especiales: por rescripto y sumarios, con la posibilidad de acudir a la jurisdicción eclesiástica (*Episcopales audientia*) y con las distintas medidas que se podían desarrollar por la protección pretoria extraprocésal, tales como: los interdictos, *missiones in possessionem*, estipulaciones pretorias y *restitutiones in integrum*.

En el sexto, y último capítulo de esta obra, el prof. Fernández de Buján dedica un estudio profundo, pero a la vez muy bien configurado y muy bien redactado, sobre el *Arbitraje*. Partiendo desde los orígenes del Derecho romano y siguiendo su evolución en las siguientes etapas, el A. nos muestra, a lo largo de los distintos apartados, los aspectos que sobre el arbitraje se dieron en su desarrollo histórico-jurídico, entrelazando las distintas opiniones doctrinales y expresándonos sus propios puntos de vista. En concreto, inicia el estudio mencionándonos el papel que jugaron los antiguos *foedus* que Roma concertó con otros pueblos y que, a pesar de la incertidumbre que pueden mostrar las fuentes por el período al que hacen referencia, jugaron con toda probabilidad una función primordial a la hora de regular los conflictos que se sucedieran en el marco de las relaciones comerciales principalmente. A continuación, nos describe los distintos tipos de arbitraje, distinguiendo entre: a) arbitraje formal, consistente en un mero pacto protegido por la *fides* y la moral ciudadana; b) arbitraje del *ius gentium*, resolviendo conflictos que se sucediesen en aplicación e interpretación de los pactos existentes con extranjeros; c) arbitraje legal, es decir, el recogido en las XII Tablas o en leyes posteriores; d) arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*, consistente en someter la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro y que, con el tiempo, es el que en mayor medida ha influido en el arbitraje del Derecho moderno. Y, antes de pasar a estudiar cada uno de ellos, dedica un apartado al análisis de la terminología más frecuente en materia de arbitraje: *arbitrium merum*, *arbitrium boni viri*, *arbitrium arbitri*, *arbitrium iudicis*, *arbitrium* o *compromissum plenum*, así como el sustantivo *arbiter* del que derivan otros muchos términos y expresiones jurídicas (*actiones arbitrariae*, *arbitrium tutelae*, etc.). Pero, de todo ello, no podemos pasar

por alto el magnífico estudio e interpretación que el A. realiza entorno a la función de la *bona fides* y la equidad en el ámbito del arbitraje.

Partiendo del debate doctrinal sobre el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, surgido en una primera época de las relaciones comerciales con extranjeros y de los convenios con los mismos, el A. reconoce que estamos ante un problema complejo, como todos los de génesis, por la inexistencia de fuentes concluyentes. Sin embargo, subraya la importancia de saber deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas propias de la comunidad política romana, como la *fiducia* o la tutela, en las que el *ius*, los *mores maiorum* o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significado papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial interno o internacional, terrestre o marítimo, como la *emptio-venditio* consensual, que es el *negotium ex fide bona contractu* por excelencia, o con carácter general las denominadas *obligaciones consensu contractae* en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios *iuris gentium*, sancionados en el seno del tribunal del pretor peregrino. Por ello, seguidamente el A. realiza el esfuerzo de sistematizar, a grandes rasgos, las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales.

De todo lo expuesto, se puede deducir –como señala el A.– que la progresiva incorporación en el Derecho romano de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de la interpretación frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante. La *bona fides* romana, continua diciendo el A., propia del *ius gentium*, que nace como modelo de comportamiento, arquetipo de conducta social, categoría de la moral y exigencia personal de la ética jurídica, acaba constituyéndose en el derecho actual como un concepto jurídico indeterminado y un principio general informador de todo el Ordenamiento jurídico, por lo que la actividad del pretor romano se convierte en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe.

Es, en definitiva, la obra del prof. A. Fernández de Buján un trabajo magníficamente realizado por la cantidad de ideas que en materia de jurisdicción y arbitraje invita al lector a reflexionar, ayudado todo ello por una redacción clara y muy precisa que contribuye no sólo a su mejor comprensión sino, además, al fortalecimiento científico de cualquiera de sus originales aportaciones.

MARÍA-EVA FERNÁNDEZ BAQUERO
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Granada