

**ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, MADRID, IUSTEL, 2006, 106 PÁGINAS**

ESTHER PENDÓN MELÉNDEZ\*

«Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano» es la monografía que todos cuantos hemos dedicado nuestros esfuerzos alguna vez al estudio del Derecho Procesal Romano, estábamos esperando. Han sido numerosos los análisis que han abordado el estudio de la jurisdicción y el proceso en la antigüedad, pese a ello, nunca hasta este momento habíamos podido disfrutar de una perspectiva tan novedosa como la que nos brinda Antonio Fernández de Buján a través de su particular visión. Así es, la nueva percepción del A. reside en el examen de las instituciones procesales desde su origen y también en el análisis de la evolución que dichas instituciones sufrieron a lo largo de la historia y hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil del año dos mil. Con el estudio de Fernández de Buján, el lector comprobará, una vez más, que la jurisdicción y el procedimiento no experimentaron a lo largo de todos estos siglos una transformación drástica y sustancial, visto que son abundantes los caracteres jurídicos y las instituciones creados en Derecho Romano que permanecen latentes, cuando no existentes, en la normativa de nuestros días.

Amén de todas estas circunstancias, la novedad del planteamiento va mucho más allá, dado que el autor goza de una perspectiva que hasta ahora no se hallaba en ningún estudioso del Derecho Romano, es decir, la visión del legislador y del romanista. Así es, se denota a lo largo de toda la monografía el contraste que sólo puede proporcionarnos el investigador especialista en la antigüedad romana que a su vez ha sabido disciplinar y ser parte activa en la plasmación de esta difícil materia en la nueva ley de jurisdicción voluntaria. El A. nos reconduce por la *iurisdictio* y el arbitraje partiendo de los textos antiguos y nos enseña las similitudes y las instituciones que han permanecido en nuestros códigos a través de los siglos brindándonos la perspectiva que sólo posee, insisto, el romanista y el legislador. Así, la lectura de este estudio nos enseñará el modo en que principios jurídicos que se encontraban en el procedimiento

---

\* Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz.

romano clásico como el de la brevedad, concentración, publicidad, contradicción, intermediación e inmediatez temporal etc., están presentes en nuestra legislación actual.

El volumen se halla dividido en seis capítulos cada uno de los cuales consta de una cuidada y completa bibliografía, aspecto éste que se encuentra también en otras obras del autor –por ejemplo, en las ocho ediciones de su manual de Derecho Público Romano– y que facilita enormemente el estudio posterior de determinadas instituciones procesales a los futuros estudiosos de esta materia, dado que dicha bibliografía incluye en su elaborado elenco desde las obras clásicas más consultadas en nuestro ámbito, hasta el más novedoso artículo que puede hallarse en la actualidad sobre el tema que nos ocupa.

El primero de los capítulos aborda el estudio de la Jurisdicción analizando el contenido de dicha expresión, su evolución y el contraste existente entre jurisdicción voluntaria y contenciosa. Asimismo, examina la estructura procesal de la *in iure cesio* en las épocas republicana y clásica, la *Legis actio* y la *Iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y postclásicas. Analiza también en el último apartado, la progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso.

De estos últimos apartados cabe reseñar, el oportuno análisis de la jurisdicción contenciosa frente a la voluntaria fruto de intensos y previos estudios (*La jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª Ed. 1999) en la que el autor pone de relieve, entre otros aspectos, la polémica doctrinal existente durante siglos en esta materia y las diferencias sustanciales entre la expresión recogida por Marciano y el denominado «*iudicare de plano*». No es de extrañar el exhaustivo y profundo examen que realiza el A. en esta materia, visto el alcance de su experiencia como parte activa en el proceso legislativo (como miembro de la comisión general de codificación del Ministerio de Justicia creada en diciembre de dos mil dos) de la jurisdicción voluntaria en nuestros días.

El segundo capítulo se detiene en el análisis de la administración de la justicia y el estudio de los órganos jurisdiccionales y judiciales que la aplican. Para ello, el autor comienza por esclarecer los conceptos de «*Actio*», «*Iurisdictio*» y «*Iudicatio*». Continúa explicando respecto de la administración de la justicia, las partes, los posibles representantes, el lugar y los días hábiles así como quién posee la competencia. El primer aspecto que llama nuestra atención en este capítulo, radica en la facilidad con la que el A. sabe introducirnos en la conceptualización y la evolución de todas estas instituciones jurídicas durante diversas épocas y en los diferentes tipos de procedimientos, mostrándonos toda la legislación relevante al respecto con una claridad en la estructura determinante para un fácil aprendizaje. Pero quizás lo más interesante de este capítulo resida en la posibilidad de hacernos comprender el aspecto progresista de la Ley de las XII Tablas en las que ya se manifiestan las notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, intermediación, economía procesal concen-

tración, 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. Todos estos criterios informadores se hallan presentes en la Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000. Además, Fernández de Buján pone de relieve el hecho de que la oralidad que caracteriza al proceso civil regulado en la ley de 2000 conforme al artículo 120 recogido en la Constitución Española y en contraposición con el antiguo carácter escrito regulado en la ley de 1881, ya existía en la Antigüedad. Así es, durante los ocho primeros siglos de la historia de Roma, y en particular en los seis siglos de la República, el proceso fue oral, por influencia del proceso griego. Por otra parte, y como afirma el propio autor «*El procedimiento del Principado y del Imperio fue, por contraste, predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, en los que se refuerza el papel activo del magistrado como conductor del proceso, su poder coercitivo y las cargas procesales de las partes (características estas últimas del proceso civil español del año dos mil) y, todo ello se entendió que suponía un progreso respecto a la oralidad del proceso anterior, y al formalismo rigorista de las palabras a pronunciar ante el magistrado*».

El tercer capítulo examina el procedimiento de las *legis actiones* y la fase *in iure*. De este modo, se estudian las acciones declarativas: la *legis actio sacramento*, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y la *legis actio per conductionem* y las acciones ejecutivas: la *legis actio per manus iniunctionem* y la *legis actio per pignoris capionem*. Por último se analiza la fase *apud iudicem*.

En este capítulo estudia pormenorizadamente el libro IV de las Instituciones de Gayo que, como se sabe, es la fuente principal en la que se exponen las acciones de ley, sin renunciar a otras fuentes clásicas y literarias como Varrón, Festo o Tito Livio, entre otros. De la fase *in iure* el A. se refiere especialmente a los efectos de la comparecencia, es decir, la oposición, el allanamiento o la adopción de una posición pasiva. Mientras que cuando se analiza las acciones declarativas, no sólo examina detenidamente las Instituciones gayanas o las XII tablas sino que además se consideran diversas posturas doctrinales.

Respecto de las acciones ejecutivas, en primer lugar, se nos relata los posibles escenarios de las acciones para adentrarnos poco a poco en las fuentes clásicas y en las leyes que disciplinan y esclarecen los aspectos básicos de dichas acciones así como de la fase *apud iudicem*, de la sentencia y de la cosa juzgada.

El capítulo cuarto examina el procedimiento formulario, comenzando por las diferentes teorías que existen en cuanto al comienzo de la vigencia de la fórmula para continuar con el análisis pormenorizado de la fase *in iure* y, respecto de la *litis contestatio*, se ponen de manifiesto los efectos jurídicos que ésta supone.

En este capítulo, las partes y las clases de la fórmula así como la fase *apud iudicem*, constituyen los aspectos cuyo estudio se aborda con mayor profundidad. En primer lugar, el A. comienza conceptuando el vocablo «*formula*» desde un punto de vista etimológico, jurídico e incluso físico, analizando con posterioridad las partes esenciales de la fórmula *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adiudicatio*. Destaca por su especial interés el examen de la *condemnatio*, y en particular el estudio del *officium iudicis* en los supuestos en los que la reclamación consistía en un *incertum*, así como la exposición de los diferentes criterios a través de los cuales el juez podía valorar la reclamación del actor. En este apartado, el A. vuelve a poner de manifiesto la relevancia de las facultades del juez que, en esta materia, se consideran muy similares a las actuales. A continuación, se analizan las partes extraordinarias de la fórmula a través de las fuentes más relevantes al respecto.

En la última parte del capítulo, se examinan las clases de fórmulas, la fase *apud iudicem* y la sentencia. El primero de los aspectos, se estudia conforme a tres criterios: en atención al derecho que se pretende exigir, en atención a los intereses perseguidos por el ejercicio de la *actio* o bien según el órgano del que se deriva el nacimiento de la acción. De la fase *apud iudicem* llama de nuevo nuestra atención, por su parecido con los actuales, la exposición de la relación de los medios de prueba más frecuentes, la declaración de las partes, la confesión, el juramento, los testigos, los documentos, la inspección personal del juez, los dictámenes periciales y las presunciones. De la ejecución de la sentencia, cabe reseñar por su interés la posibilidad de ejercer la acción pauliana con esa misma denominación (por parte del *curator bonorum* y de los acreedores) recogida en el Derecho Civil vigente en el artículo 1111 del Código Civil español.

El quinto capítulo se refiere al estudio del procedimiento extraordinario. El A. comienza explicando qué debe entenderse por «*cognitio extra ordinem*» aunque desde nuestro punto de vista, lo más relevante para el estudio y la comprensión de este apartado reside no sólo en saber situar este tipo de proceso en su ámbito histórico y político preciso (aspecto esencial para el aprendizaje de esta materia), sino además, en enumerar una serie de circunstancias que diferencian esta clase de procedimiento de los anteriores, posibilidad ésta que determina el entendimiento de los procesos judiciales y de su evolución para lo cual el A. se vale de su profundo conocimiento en la materia facilitándonos su comprensión a través una estructura y terminología jurídica precisa al tiempo que sencilla y funcional.

En cuanto a la tramitación con la citación, comparecencia, *litis contestatio*, periodo de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos se examinan en profundidad a lo largo de todo el capítulo a través de las fuentes clásicas más relevantes.

De particular interés nos resulta el estudio de los procesos especiales, pero sobre todo por su singularidad y por la escasez de ocasiones en las que se tiene oportunidad

de abundar en este procedimiento, debe reseñarse la inclusión de la jurisdicción eclesiástica o la *episcopalis audientia* en este ámbito, respecto de la cual, el A. incluye el Edicto de Milán de 313, la Constitución del año 318 y 333.

La parte final de este capítulo aborda el estudio de la protección pretoria extraprocesal, los interdictos, *missiones in possessionem*, las estipulaciones pretorias y las *restitutiones in integrum*.

Sin duda, uno de los temas de mayor interés y relevancia en esta monografía, viene constituido por el capítulo sexto destinado exclusivamente al estudio del arbitraje en Derecho Romano. El A. comienza el examen de esta materia refiriéndose al origen de esta institución que parece tener lugar en época monárquica así como analizando la raíz etimológica y el concepto jurídico del término «*arbiter*».

Con posterioridad, se analizan los tipos de arbitraje, aquél considerado no formal, el correspondiente al *ius gentium*, el legal y el arbitraje compromisario. Al respecto, se estudian también la terminología específica utilizada para identificar las diversas categorías de arbitraje a saber: *arbitrium boni viri*, *arbitrium arbitri*, *arbitrium iudicis* y *arbitrium* o *compromissum plenum*.

En este ámbito poseen especial relevancia la *bona fides* y la equidad en el arbitraje no formal y en el arbitraje de *ius gentium*, aspectos que el A. sabe explicarnos de modo original analizando las diferentes clases de arbitraje y la evolución de estas instituciones a lo largo de la historia. De esta forma, no sólo se refiere a la polémica doctrinal surgida respecto de la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, sino que además analiza la evolución histórica habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial hasta los contratos consensuales subrayando la existencia de cinco etapas. Posteriormente, el A. individualiza la época republicana en relación con la materia del arbitraje explicando los factores respecto de los que el pretor protege los pactos o convenciones propias del *ius gentium*, entre los que se podrían mencionar, primero: la circunstancia de no hallarse sancionados por el *ius civile* y, por tanto, que no se encuentren protegidos por las *legis actiones*. En segundo lugar: la imposibilidad de los no ciudadanos para acceder a los negocios del *ius civile*. En tercer lugar: el excesivo formalismo del *ius civile* que empieza a considerarse un lastre en relación con las necesidades del tráfico comercial. Y en cuarto lugar: la inexistencia de fórmulas procesales que protejan la observancia de las prácticas negociales realizadas en el marco del *ius gentium*.

En último lugar, se aborda el estudio del arbitraje legal y del compromisario. En relación con éste último, el A. vuelve a realizar un profundo análisis del cual cabe destacar el examen de la progresiva reglamentación del arbitraje que lo aproxima, en materia de garantías, al proceso ordinario y que el A. sabe observar y esclarecer de un modo profundamente exhaustivo en diecisiete momentos diferentes respecto de

cada uno de los cuales se va produciendo una nueva circunstancia en relación del arbitraje compromisario.

Quisiera finalizar transcribiendo un breve párrafo del A. que puede hallarse en esta monografía y que sintetiza la idea que inspira todo el texto condensando en pocas líneas la reflexión que el autor, desde su dilatada experiencia como reconocido romanista y como miembro de la comisión general de codificación del Ministerio de Justicia creada en diciembre de dos mil dos, nos transmite con singular maestría: *«Eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo, entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial. Acentos y contrapesos romanos, 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 transacción entre los litigantes o posición neutral o pasiva del órgano jurisdiccional».*