

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Fernando Reinoso-Barbero, “*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 590-625 (available at <http://www.glossae.eu>)

***Paroemia et regulae iuris romanorum:*
Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea**

***Paroemia et regulae iuris romanorum:*
The transit from *ius commune* to the European Union jurisprudence**

Fernando Reinoso-Barbero
Universidad Complutense de Madrid

Resumen

El artículo analiza cómo la fuerza integradora del *ius commune* ha contribuido a que numerosas *regulae iuris* del Derecho romano pervivan en la jurisprudencia de la Unión Europea.

Abstract

The article explores how the *ius commune* has greatly contributed to the survival of numerous *regulae iuris* of Roman law in the current EU case law

Palabras clave

paroemia, regulae iuris, ius commune, codificación, jurisprudencia europea

Keywords

paroemia, regulae iuris, ius commune, codification, European jurisprudence

SUMARIO: 1.- Dos precisiones; 2.- Breves antecedentes históricos: la regla jurídica desde el derecho romano al derecho de la Unión Europea; 3.- Las *regulae iuris* en la jurisprudencia comunitaria actual; 4.- Algunas *regulae iuris* del *ius commune* aplicadas por el TJUE: 4.1.- *Cuius commoda, eius incommoda.*; 4.2.- *De minimis non curat praetor.*; 4.3.- *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; 4.4.- *Fraus omnia corrumpit*; 4.5.- *Inpossibile nulla obligatio est*; 4.6.- *In fraudem legis agere*; 4.7.- *Iura novit curia (da mihi factum, dabo tibi ius)*; 4.8.- *Lex specialis derogat legi generali*; 4.9.- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; 4.10.- *Non bis in idem*; 4.11.- *Nullum crimen, nulla poena sine lege*; 4.12.- *Pacta sunt servanda*; 4.13.- *Par conditio creditorum*; 4.14.- *Patere legem quam ipse fecisti*; 4.15.- *Prior tempore potior iure*; 4.16.- *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*; 4.17.- *Summum ius summa iniuria*; 4.18.- *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*; 4.19.- *Venire contra factum proprium*; 5.- Por último.

1.- Dos precisiones

Presento ahora¹ un modesto punto de vista sobre el rol jugado por las *regulae iuris* del derecho romano en la jurisprudencia de la Unión Europea. Esto es posible porque el

¹ Un breve resumen de este trabajo ha sido presentado bajo el título *Contributo delle «regulae iuris» del diritto romano alla formazione della giurisprudenza dell'Unione europea*, en el V Congreso internacional "Diritto romano, Diritto cinese, codificazione del diritto in Cina", celebrado en Pekín en septiembre de 2014, organizado por Sandro Schipani, y ha sido objeto de una conferencia en diciembre de 2014 en la Universidad de Nápoles Federico II invitado por Antonio Palma. Una vez adaptado al presente

derecho romano en general, y sus reglas jurídicas en particular, sobreviven a la propia historia de Roma y prolongan su utilidad en gran parte de Europa hasta el día de hoy gracias sobre todo al *ius commune*². Por ello conviene comenzar con una breve referencia a la evolución histórica en los últimos veinte siglos de aquellas reglas romanas, desde entonces a la actualidad. Pero previamente, deben tenerse en cuenta dos precisiones:

1º.- bajo el concepto de jurisprudencia comunitaria incluyo las resoluciones del Tribunal de Justicia, del Tribunal General, del Tribunal de la Función Pública y las Conclusiones de los nueve Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante: TJUE);

2º.- ahora me limito a la jurisprudencia comunitaria más reciente, preferentemente la producida en los últimos cinco años³.

2.- Breves antecedentes históricos: la regla jurídica desde el derecho romano al derecho de la Unión Europea

El derecho romano esconde una vida superior a los mil trescientos años, contados desde el siglo VII a.C. hasta el siglo VI d.C con la compilación de Justiniano. Durante gran parte de ese tiempo tiene lugar una intensísima actividad forense generadora de una experiencia jurídica colosal, susceptible de sintetizarse, en algunas ocasiones, en reglas o principios jurídicos básicos.

El primer repertorio de *regulae iuris* o colección de reglas es la de Neracio Prisco⁴ dividida en quince libros. Tras él escriben también *libri regularum* los juristas Pomponio, Gayo, Cervidio Escévola, Paulo, Marciano, Licinio Rufino, Ulpiano y

formato, este estudio se ha publicado en Martín Minguijón, A. & Morán Martín, R. (eds.), *Seguridad, extranjería y otros estudios histórico-jurídicos*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 539-570.

² Kaiser, W., "Ius commune. Rechtstradition der Europäischen Länder. Rechtsquellen", *ZSS* n.º 131, 2014, pp. 609 ss. propone una relación de las fuentes jurídicas accesibles del *ius commune* como tradición europea, con especial referencia, como es natural, a las procedentes del *Corpus iuris civilis*: "Ausgaben des Corpus iuris civilis bzw. einzelner Teile hiervon. Es handelt sich um Faksimileeditionen, das Format ist jedoch gelegentlich gegenüber dem des Originals reduziert, Mehrfach steht den Ausgaben eine fachkundige Einführung voran (s. im folgenden). Das avisierte zeitliche Spektrum reicht vom ersten bekannten Druck des Digestum vetus aus dem Jahre 1476 bis zur Editio maior Mommsens der Jahre 1868-1870. Da die Ausgaben keinem urheberrechtlichen Schutz mehr unterliegen, sind sie vielfach auch digital online verfügbar. freilich variiert die Qualität der Digitalisate sehr stark, mehrbändige Ausgaben sind nicht selten nur unvollständig verfügbar. Der Rekurs auf die Digitalisate mag zudem für eine punktuelle Benutzung ausreichen, für eine Auseinandersetzung mit einem Werk insgesamt dürfte aber eine gebundene Ausgabe, die eine bestimmte Druckqualität aufweist, nicht ersetzbar sein."

³ Para la jurisprudencia anterior se puede consultar Knütel, R., "Ius Commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union", *Juristische Schulung*, n.º 36/9, 1996, pp. 768 ss. Existe una traducción china en *CASS Journal Foreign Law*, n.º 9, Beijing, 1998, pp. 40 ss.; una italiana en *Festschrift Gallo*, 3, 1997, pp. 521 ss.; y una española de Pereira Menaut, G., "Ius Commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión Europea", en *Topica: Principios de derecho y máximas jurídicas latinas*, Arcana-Veri, Santiago de Compostela, 2001, pp. 15 ss. (en adelante: "Ius Commune"). Knütel, R., "Unidad jurídica y derecho romano", en Teresa Peralta Escuer (ed.), *Derecho y argumentación histórica*, Universidad, Lérida, 1999, pp. 105-124. También Reinoso Barbero, F., "Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht", *ZSS*, n.º 127, 2010, pp. 345-363.

⁴ Stein, P., *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, the University Press, Edimburgo, 1966, pp. 74-89 sobre los libros de reglas de la jurisprudencia clásica, a partir precisamente de la citada colección de los quince libros de Neracio.

Modestino⁵. Digesto⁶ conserva extractos de todas esas obras y, además de dedicarle a las reglas un título completo (D. 50,17: *De diversis regulis iuris antiqui*), contiene muchas más procedentes de la jurisprudencia clásica repartidas a lo largo de los cincuenta libros⁷.

Durante los siglos VII-X, y en todo caso después de los *antecessores*, consta la vigencia del Digesto en el sur de Francia y en parte de lo que hoy es Italia, aunque lo más conocido de la compilación justiniana son las Instituciones, los primeros nueve libros del Código y la colección latina de las Novelas denominada *Epitome Iuliani*⁸. En la zona oriental del imperio romano también estuvo vigente el Digesto a través de su versión griega: los Basílicos. Se dice que en esta época impera el trinomio derecho romano – derecho germánico – derecho canónico, lo que no deja de ser un tópico tan extendido como discutible porque, en realidad, sólo hay derecho romano, pues el derecho germánico es ya, en su mayor parte, derecho romano vulgar (piénsese en el Breviario de Alarico) y el derecho canónico es en ese momento derecho romano (*ecclesia vivit secundum legem romanam*). Así, la *lex Romana Canonice Compta*, del siglo IX, contiene 308 reglas tomadas del *Epitome Iuliani* y, a partir de la 169, además, de las Instituciones y del Código justinianos⁹.

Tras el ocaso y posterior reaparición del Digesto en el siglo XI, los glosadores de la escuela de Bolonia¹⁰ diseccionan los textos justinianos y extraen un número relativamente alto de brocardos breves y expresivos de fundamentos procedentes del derecho romano¹¹. Sobre todo Azón en sus *Brocardica*¹² y Pillio da Medicina¹³, pero también Irnerio y su discípulo Bulgaro¹⁴, e incluso la tercera generación de glosadores, como Placentino y Basiano¹⁵. Estos axiomas enuncian sucintamente ideas jurídicas más o menos irrefutables. Suelen ser producto de generalizaciones o interpretaciones¹⁶ concisas de textos casi siempre del *Codex Iustiniani* y sobre todo del Digesto. Los brocardos son creados bajo un criterio de utilidad, probablemente para facilitar un triple fin: a) la asimilación conjunta de los grandes hilos conductores de las doctrinas jurisprudenciales de los jurisconsultos, b) permitir con ello una visión global del sistema jurídico¹⁷ y c) la enseñanza del derecho a los discípulos mediante epítomes y

⁵ García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano*, Ediasa, Madrid, 2011, p. 80, nt. 2.

⁶ Bartol, F., *Uersio Praefationis Editionis Maioris (Th. Mommsen)*, Ediasa, Madrid, 2004, con un análisis mommseniano completo sobre la obra.

⁷ Martín Minguijón, A., *Digesto. Una auténtica obra legislativa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 283, estudia las *regulae iuris* geminadas dentro del propio Digesto y cree probable la existencia de libros de reglas previos a la compilación porque ello explicaría las diferencias existentes entre ellas.

⁸ Stein, *Regulae iuris*, p. 125.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Lange, H., *Römisches Recht im Mittelalter: die Glossatoren I*, C.H. Beck, Munich, 1997, pp. 151 ss., ofrece una relación casi completa de los glosadores más importantes y de su actividad.

¹¹ Stein, *Regulae iuris*, pp. 131 ss. También García Garrido, M.J., "Los principios contractuales visigóticos en la tradición romanística medieval", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 91 ss.

¹² Azón, *Brocardica sive generalia iuris*, edición preparada por Casparo Hervagio, Basilea, 1567; esta edición es la utilizada y, por tanto, la citada en notas posteriores.

¹³ Calasso, F., *Medio Evo del Diritto I. Le Fonti*, Giuffrè, Milán, 1954, p. 534, lo considera el primero en desarrollar el método "brocardico"

¹⁴ Stein, *Regulae iuris*, pp. 132 ss.

¹⁵ Stein, *Regulae iuris*, pp. 137 ss.

¹⁶ Cerami, P., "D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo «venire contra factum proprium»", Reinoso Barbero, F. (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, p. 855.

¹⁷ Calasso, *Medio Evo del Diritto*, p. 534.

coleccionados de brocardos, con sus aplicaciones y sus excepciones, estas últimas bajo la intitulación *Contra*. Algunos también proceden de las *summae* o resúmenes sistemáticos de títulos completos del Digesto¹⁸. De este tipo de enseñanzas se benefician miles de estudiosos europeos en Bolonia (sólo en el año 1200 había más de mil juristas estudiando en esta ciudad)¹⁹. Cuando éstos regresan a sus respectivos países con las *vulgatas* glosadas y los libros de brocardos provocan una recepción²⁰ europea masiva, más o menos uniforme, del derecho romano-canónico (*utriusque ius*), considerado la verdadera base del derecho común en Europa.

Surgen los *ultramontani* que son glosadores que crean nuevas escuelas en otras ciudades de Europa, a imagen y semejanza de la bononiense, con sus mismos métodos de docencia sapiencial de axiomas y brocardos. Algunas tan importantes como las de Orleans, Aviñón, Montpellier y Toulouse en Francia, Valladolid y Salamanca en España, Lovaina en Bélgica, Utrech en Holanda, y que incluso llegan a Inglaterra de la mano de Vacarius instalándose en Oxford y en Canterbury, y en otros muchos países con gran éxito como en Alemania. En casi todos estos lugares, en especial en las escuelas francesas, se publican numerosas *summae* más accesibles y fáciles de manejar²¹. A finales del siglo XIII las *regulae iuris* romanas y los brocardos derivados de ellas se conocen en toda Europa.

A la labor expansiva de estos proverbios jurídicos y aforismos romanísticos se suman eficazmente otras cinco generaciones de postglosadores²² o comentarista entre los ss.

¹⁸ Wallinga, T., "The common history of european legal scholarship", *Erasmus Law Review*, n.º 4.1, 2011, p. 6, opina acertadamente que las *summae* no tienen su origen en la enseñanza. Es un trabajo muy interesante aunque se echa de menos algún comentario dedicado a la brocardica, método de enseñanza característico de los glosadores utilizado, entre otros varios, por Azón

¹⁹ Knütel, "Unidad jurídica y derecho romano", p. 107 ofrece este dato y además sitúa el origen del largo proceso de recepción, precisamente, en la enseñanza jurídica en Bolonia. Añade "Se podía estudiar igual en Perugia Paris o Praga, como en Salamanca, Oxford o en Coimbra, Cracovia o Colonia. Las estudiantes migraban en su peregrinaje académico a través de toda Europa. Los profesores podían ser llamados por cualquier Universidad europea."

²⁰ Obarrio Moreno, J.A. es, entre nosotros, el primer tratadista de la recepción del *ius commune* en España y en algunas regiones concretas. Entre otros muchos trabajos de este autor pueden consultarse: "El *ius commune* y sus vías de recepción en España (Primera parte)", *Revista jurídica del notariado*, n.º 85, 2013, págs. 267-324; "El *ius commune* y sus vías de recepción en España (Segunda parte)", *Revista jurídica del notariado*, n.º 88-89, 2014, pp. 29-103; "El *ius commune* y sus vías de recepción", *Revista General de Derecho Romano*, n.º 20, 2013; "*Ius proprium-ius commune*: La sentencia en el ordenamiento foral valenciano", *Anuario de historia del derecho español*, n.º 71, 2001, pp. 501-574 (donde demuestra la adopción de los principios del proceso romano-canónico por los Furs de Valencia); "La recepción del *ius commune* en los furs de Valencia: El proceso penal", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, n.º 9, 1994, pp. 39-114; y "La recepción del *ius commune* en Los Furs de Valencia: El procedimiento por contumacia o *per bandiment*", Murillo Villar, A. (ed.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes*, Vol. 2, ed. Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pp. 69-88; "La rúbrica *De decreto ad alineanda Universitatis bona* en la tradición jurídica tardo-medieval", *RGDR*, 24 (2015) pp. 1-50; "La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval", *RGDR*, 26 (2016), pp. 1-40; En colaboración *vid. Masferrer Domingo, A., & Obarrio Moreno, J.A., Curso de ius commune: la recepción en la tradición jurídica valenciana*, Madrid, 2012. Asimismo, Obarrio Moreno, J. A. y Piquer Marí, J. M., *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Madrid, 2015, pp. 350.

²¹ Wallinga, "The common history of european legal scholarship", p. 6, con razón sugiere como posible causa de la publicación de *summae* por los *ultramontani* franceses la indisponibilidad de copias del *Corpus Iuris*.

²² Lange, H., & Kriechbaum, M., *Römisches Recht im Mittelalter: II. Die Kommentatoren*, C.H. Beck, Munich, 2007, pp. 435 ss. estudian incluso los menos conocidos: Jacobo de Arena (pp. 435 ss.), Dino de Rossoni (pp. 445 ss.), Juan Blansco (pp. 461 ss.), Alberto Gandino (pp. 468 ss.), los numerosos comentaristas napolitanos (pp. 496 ss.), franceses (pp. 518 ss.) y de los siglos XIV (pp. 593 ss.) y XV (pp. 795 ss.), etc.

XIII-XV, de forma muy especial Bártolo de Saxoferrato. El derecho romano es estudiado e investigado ya como un derecho común a toda Europa²³. Sin embargo sigue siendo un derecho extraordinariamente culto, con un sistema complejo de cita de fuentes²⁴, favoreciéndose en el ámbito forense la creación y difusión de adagios o apotegmas como forma de simplificar la expresión de ideas complejas con un significado jurídico reconocible. En estos momentos la recepción es ya imparable y las vulgatas glosadas del Digesto son “sacralizadas” por toda Europa, en la que se difunde el *ius commune* bajo el lema del *mos italicus* o *bartolismo*. En 1495 Alemania adopta ya oficialmente la glosa ordinaria de Accursio por mandato del emperador Maximiliano, lo que supone la recepción absoluta del derecho romano.

Una vez creado y divulgado el *ius commune romanorum* se inicia la fase de desarrollo. A partir del renacimiento se produce un acercamiento entre las reglas jurisprudenciales y los brocardos medievales, compartiendo una estructura común “casuístico-descriptiva” con capacidad de ser aplicada a amplios campos del derecho pero con la flexibilidad suficiente como para admitir excepciones²⁵. El desarrollo del *ius commune* se va a prolongar durante los ss. XVI-XVII, favorecido por el humanismo jurídico²⁶. El último título del Digesto, *de diversis regulis iuris antiqui*, es objeto de atención especialísima por Alciato, Cuyacio, Haloandro, Metelo, Policiano, Torelli, pero destaca entre todos Antonio Agustín con su *Emendationum et Opinionum*²⁷. Es en esta época, con la llegada de la imprenta, cuando se realizan las primeras ediciones impresas del *Corpus Iuris Civilis*²⁸ y al mismo tiempo comienza también la edición impresa de los manuscritos medievales y, entre ellos, los de brocardos; por ejemplo los Brocardica de Azón se publican casi al mismo tiempo en la mayoría de las ciudades importantes de Europa (Basilea en 1567, Nápoles en 1568, Turín en 1577, etcétera).

²³ Betancourt-Serna, F., "De regulis iuris en el *ius commune* y en el *ius patrium* español y colombiano", Reinoso Barbero, F. (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, pp. 185 ss., no solamente en Europa sino también en América y, en especial, en el virreinato de Nueva Granada.

²⁴ Reinoso Barbero, F., *Modus allegandi textus qui in Pandectis continentur. Elenchus omnium capitum et paragraphorum*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 7-40 (= traducido al italiano en "Interpretazione delle citazioni del Digesto negli scritti medievali e rinascimentali", en *SDHI*, n.º 79, 2013, pp. 687-725), explica las braquigrafías utilizadas por glosadores, comentarista y humanistas para citar los textos de Digesto.

²⁵ Cerami, "D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo venire contra factum proprium", p. 855, dice a este respecto: "Quel che assimila, in ogni caso, le regulae giurisprudenziali romane ai brocardi medioevali e alle massime (Maxims) di common Law, è la comune struttura casisticodescrittiva, che consentiva ampia possibilità di apprezzamento ed era suscettibile, per la sua elasticità, di non poche eccezioni."

²⁶ El humanismo jurídico se entrega a la reconstrucción de los textos del derecho romano clásico que en alguna medida habían sido corrompidos por el derecho justiniano.

²⁷ Antonius Augustinus, *Emendationum, et Opinionum libri quatuor*, Venetiis 1543, Lugduni 1560. He utilizado la edición recogida por Everardi Ottonis, *Thesaurusus juris romani*, IV, Trajecti ad Rhenum, 1733, pp. 1425-1558. Antonio Agustín fue el primero que, con carácter científico, estudia la repetición de textos en la compilación justiniana, cuyo mayor porcentaje se presenta precisamente en D.50,17, pues las reglas son extraídas en la mayoría de los casos del resto de la obra. En concreto, dedica a las geminaciones de reglas el capítulo VII del libro I, bajo el título *Quam multa in iure civili totidem verbis scripta sint*. Reinoso Barbero, F., "El estudio de las geminaciones jurisprudenciales de Antonius Augustinus", en *RGDR*, <http://www.iustel.com>, n.º 12, 2012.

²⁸ La primera edición del Digesto es la *editio norica* publicada en Nuremberg en 1529 por Gregorio Meltzer (más conocido como Haloander), aunque con probabilidad la más interesante es la *editio taurelliana* de 1553 basada ya completamente en la *Florentina* o *ms. laurentiano sine numero*.

Las ediciones impresas del Digesto democratizan el conocimiento de las *regulae iuris* romanas²⁹ y éstas se colocan entre las bazas de consolidación definitiva del *ius commune* en Europa, donde surgen innumerables corrientes para su estudio (la *iurisprudencia elegans* holandesa³⁰, el *mos gallicus* francés³¹, *segunda escolástica* española³² o el *racionalismo cartesiano de la ilustración*³³).

A partir del siglo XVII un amplio sector de los filósofos del derecho europeos identifican las *regulae iuris* romanas con los principios del derecho natural³⁴. Hermann Conring³⁵ dice “el derecho justiniano posee no solamente los preceptos civiles, sino también los naturales”³⁶; Nicolaus Beckmann, denomina al derecho natural compendio de las *Regulae iuris generales*³⁷; Giambattista Vico afirma “podemos extraer con

²⁹ Se hacen habituales las obras sobre D. 50,17. Por citar solo una, véase la multi reeditada de Jacobo Godofredo, *In titulum Pandectarum de diversis regulis juris antiqui*, en dos volúmenes (he utilizado la muy posterior edición napolitana de 1780).

³⁰ Matías Wesenbeck, Hugo Grocio, Juan Voet, Amoldo Vinnio, Cornelio van Bynkershoek, Juan Heinecio y muchos más.

³¹ Bartholomé de Chasseneuz, Andrés Tiraqueau, Carlos, Dumoulin, Francisco Barón, Guillermo Budaeus, Francisco Conanus, Francisco Duarenus, Francisco Balduinus, Jacobo Cuyacio, Francisco Hotomanus, Hugo Donellus, Dionisio Godofredo o su hijo Jacobo Godofredo, entre otros muchos.

³² Elio Antonio de Nebrija, Diego de Covarrubias y Leyva, Martín de Azpilcueta, Fernando Vázquez de Menchaca, Benito o Luis de Molina. Nebrija edita una obra de proverbios romanos, atribuida a Catón el censor, origen de algún principio jurídico actual: *Catonis Disticha moralia. Annotationibus quibusdam Antonij Nebrissensis illustrata. Dicta Sapientum. Mimi Publani. Isocratis Parenaesis. Christiani Militis institutum Per Erasmum Roterodamum*, Granada, 1553.

³³ Con innumerables seguidores algunos tan importantes como Samuel Von Puffendorf.

³⁴ En realidad esto sucedía desde mucho antes pues como recuerda Knütel, R., "Unidad jurídica y derecho romano", p. 123, nt. 45, Baldo de Ubaldis *ad C. 7,45,13* ya decía *Romanae leges ut ratio naturalis omnibus imperant*.

³⁵ Conring, H., *Propolitica Sive Brevis Introductio In Civilem Philosophiam. Adjecta sunt ejusdem ut & J. Hopperi nonnulla de Varia et Vera Iurisprudencia*, Henningi Mulleri, Helmestadii, 1663, en el capítulo titulado «Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia», pp. 139-141: *Haec est perpetua et constans ipsiusmet Iustiniani doctrina de Iure suo; consentanea rectae rationi et Prudentiae civili gubernandarum rerum publicarum. Quae immane quantum dissidet ab illis insanis placitis, quae magistrorum nonnulli hodie orbi persuasum eunt: Iustinianeum Ius omne esse velut caelitus datum ius, quo omnes res publicae atque adeo omnes homines debeant regi, idque nulla unquam facta mutatione: non observari quidem illud plene passim, sed cum iniuria id fieri et contra aequitatem. Quaeve similia sunt umbraticorum aliquot hominum: (hi enim soli ista solemnia delirant) portentosa somnia. Quamvis vero istorum crassissimorum errorum ratio non difficulter pateat omnibus, qui in Republ. et Consilio de civilibus negotiis probe instituendis occupati, saltem usu quotidiano edocentur, si aliunde fortassis haud acceperint, quam alienum sit a gerenda republica, eaque bonis legibus moderanda, ad sola Iustiniana respicere, iisque pro unica norma adoratis, id demum salutare arbitrari, quod Iuribus illis est conveniens; solet tamen incautiores id nonnumquam reddere aliquantum ambiguos: si Ius Iustinianeum est uni populo Romano, qualis ille fuit tempore conditi istius Iuris, commodum, qui ergo fiat, ut illud tantum non in universa Europa sit receptum, quasi in communem omnium tot populorum legem, qui tamen rei publicae forma multum dissident. Ad vero observandum est, Ius illud Iustinianeum non solum civilia sed etiam naturalia et gentium iura comprehendere; quae communis est ratio omnis legum corporis, quo aliqua civitas utitur. Eam porro esse omnium civitatum naturam, ut salvo statu suo multa queant habere communia, etiam civilia instituta, praesertim si non aspirent ad accuratam felicitatis civilis possessionem. Cum Monarchico denique statu omni, Imperium Romanum illud vetus maxime convenire; ac proinde, cum Leges illae Iustiniani idoneae fuerint Imperio Romano, saltem plurimas earum locum aliquem in similibus Monarchis posse invenire.*

³⁶ Cfr. Carpintero, F., "Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992, p. 369 y nt. 56

³⁷ Beckmann, N., s.v. "Regulas Iuris Generales", *Doctrina juris: ex jure naturæ, jure gentium, canonico, divino, jure civili Romano, recessibus imperii, jure feudali et principiis philosophicis in omnium facultatum studiosorum utilitatem sic hausta, et typis mandata, ut nihil quicquam ad essentialem juris scientiam necessarium in illa sit omissum*, Jena, 1678, citado por Carpintero, "Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial", p. 369, nt. 57.

seguridad los principios del derecho natural de los escritos de los juristas romanos”³⁸; Anselm Desing, hermana las reglas del derecho natural con las *regulae iuris* del derecho romano³⁹; etcétera⁴⁰.

Se suma a estas tendencias una fase nueva del *ius commune* europeo en el s. XVIII, de forma singular en Alemania, denominada *usus modernus pandectarum*. Descrito en pocas palabras, consiste en adaptar el texto del derecho romano justinianeo a la práctica forense diaria⁴¹. Para entonces el sistema jurídico completo estaba empapado en el derecho de pandectas romano, que se mantiene vigente en Alemania hasta la entrada en vigor del BGB en el año 1900⁴².

El siglo XIX es el tiempo de declive del *ius commune* pues se inicia su sustitución por los códigos nacionales de los distintos estados europeos. Sin embargo este declive no pasa de ser una mera apariencia⁴³ pues los códigos son producto de la *iuris scientia*⁴⁴ y hasta los más originales conservan un porcentaje muy alto de derecho romano⁴⁵. Entre ellos el mayor paradigma es el francés de Napoleón de 1804, cuyo precursor es la obra, perfectamente compilada por Portalis, del “romanista” Pothier⁴⁶. El código civil español de 1889⁴⁷ se redacta sobre el proyecto de 1851 de García Goyena, autor también del tratado de “Concordancias” en el que con gran meticulosidad deja constancia de la parte exacta del *Corpus Iuris Civilis* de la que ha extraído cada uno de los artículos del código

³⁸ Vico, G., *De universi iuris uno principio et fine uno*, Mosca, Napoli, 1720, p. 21, citado por Carpintero, “Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial”, p. 374, nt. 73: “si puó con sigurezza trarre i principi del dritto naturale dagli scritti di Giureconsulti”. Sin embargo observo que esta expresión no figura en la traducción italiana del Giambattista Vico, *Dell'unico principio e dell'unico fine del dritto universale*, Agnelli, Milán, 1866.

³⁹ Design, A., *De iuris naturae larva detracta*, Joannis Urbani Gastl, Munich, 1753, p. 32 dice *Leges civiles saepe indicare possunt iura naturae, praecipue leges Romanae*, citado por Cabrera, L., “Anselmo Desing o la rehabilitación de la ciencia jurídica en la ilustración alemana”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.º 19, 1997, nt. 65. Esta última afirma refiriéndose a Design: “Él es conecedor del *ius commune*, por eso rechaza la noción de derecho natural como un conjunto de preceptos inmutables y eternos, que se aplicarían sin más a la vida cotidiana. Es partidario de una concepción romanista de la justicia o de lo justo natural”.

⁴⁰ Carpintero, “Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial”, pp. 391-392, dice “De esta forma, la doctrina del *ius naturale et gentium*, fue extraída del *Corpus Iuris Civilis* y de los comentarios de los juristas bajomedievales al Derecho Romano, en donde había estado reclusa hasta entonces, y tomó una vida propia, aunque típicamente racionalista y moderna”.

⁴¹ Lo que en aquel país no constituyó mayor problema porque el derecho romano había sido recibido formalmente en el siglo XV, por lo que existía una larga tradición de desarrollo dogmático del derecho romano, cuyo máximo esplendor viene de la mano de la Escuela Histórica del Derecho capitaneada por Savigny, Hugo y Thibaut.

⁴² Haferkamp, H.P., *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Böhlau, Colonia-Weimar-Viena, 2007, p. 301.

⁴³ Knütel, “Ius Commune”, p. 16, dice “Aunque estos códigos nacionales redujeron la importancia del denominador común de la tradición jurídica, al establecer numerosas disposiciones especiales, no abandonaron por ello sus fundamentos comunes, puesto que todos ellos llevan la fortísima impronta del *ius commune* y del Derecho Romano”.

⁴⁴ Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Turín, 1999 (existe una reimpresión de 2011), p. 39.

⁴⁵ Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, p. 40, dice, literalmente “nei codici è assunta la totalità del sistema principium”.

⁴⁶ Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, p. 39, cita a Portalis, Pothier y Domat para el código de Napoleón.

⁴⁷ Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, pp. 83-138, con un interesantísimo y completo estudio sobre la compilación del código civil español desde el punto de vista concreto de los principios generales del derecho. Lo califica de “ponte fra sistema latinoamericano e codici europei”.

civil⁴⁸. El BGB alemán se fundó en los trabajos de pandectas⁴⁹ de Windscheid⁵⁰ quien además participó en la comisión encargada de su redacción hasta 1883. En la redacción del código civil italiano de 1942 intervienen los romanistas Scialoja, Bonfante, De Ruggiero⁵¹, entre otros. No muy distinta es la situación de otros muchos códigos civiles, como el austriaco o griego, asentados sobre el *ius commune* y por tanto sobre el derecho romano⁵². Con sus valiosas diferencias, comparten una sabiduría común y distinguen la propiedad de la posesión, los derechos reales de los personales, las obligaciones contractuales de las extracontractuales, al heredero del legatario, y un sinfín de instituciones más del derecho romano⁵³. Hasta el mismo “common law” se vale de importantes conceptos y figuras romanísticas porque originariamente estaba fundado en el derecho romano antes de pasar a convertirse en un derecho de corte consuetudinario⁵⁴.

A pesar de las diferencias surgidas desde entonces entre las legislaciones europeas por la distinta orientación de sus códigos civiles, la base romanística de estos códigos mantiene y prolonga la utilidad de muchas *regulae iuris*. En cada país progresan con independencia aquellas reglas más acordes y más convenientes a su práctica jurídica concreta. Algunas de estas reglas romanas o romanísticas permanecen comunes a la práctica totalidad de los Estados europeos⁵⁵. Estas *regulae* perviven hoy en la praxis jurídica gracias, sobre todo, a su utilización jurisprudencial. Algunas de ellas han abandonado incluso el plano axiomático para convertirse formalmente en principios generales del derecho y desde ahí, en ocasiones, han saltado desde el ámbito nacional al supraestatal obteniendo la condición de principios generales del derecho comunitario o de la Unión Europea. Es el caso de principios tan conocidos como *ne bis in idem*; *actor rei forum sequitur*; *fraus omnia corrumpit*; *qui habet commoda ferre debet onera*; *lex specialis derogat legi generali*; *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; *nullum crimen, nulla poena sine lege*; *pacta sunt servanda*; etcétera.

⁴⁸ García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.

⁴⁹ Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Buddeus, Düsseldorf, 1875.

⁵⁰ Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, p. 39.

⁵¹ Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, p. 39, cita, además de los antes mencionados, a Segré y Vassalli.

⁵² Knütel, *Unidad jurídica y derecho romano*, p. 107.

⁵³ Algunas figuras del derecho romano clásico se desdibujan en el justiniano y con ello se obstaculiza el paso a algunos códigos civiles. El ejemplo más claro es el de la fiducia: Vid. Hernando Aguayo, I., "Emancipatio: tutela fiduciaria", *Anuario Jurídico Villanueva*, n.º 7, 2013, pp. 293-312; id., "Usucapio lucrativa", en *e-SLEGAL History Review*, n.º 16, 2013, pp. 293-312; id. "Fiducia manumissionis causa", en *RGDR*, <http://www.iustel.com> n.º 19, 2012; id. "De fiduciae palingenesia", en *RGDR*, <http://www.iustel.com> n.º 18, 2012.

⁵⁴ Berman, H.J., & Reid Jr., C., "Roman Law in Europe and the Jus Commune: A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n.º 20, 1994 (= "Römisches Recht in Europa und das ius commune - Ein historischer Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Neuen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts", en *ZEuP*, 1995, n.º 3), p. 1, indican a este respecto "in assessing the contribution the Roman law to the common law of Europe, it is certainly unnecessary to remind even neophytes that the name "Europe" has several different meaning, especially when considered in a historical perspective"

⁵⁵ Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, C.H. Beck, Munich, 1986 y Domingo Oslé, R., (Dir.), *Principios de derecho global. 1000 reglas, principios y aforismos comentados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, resultan muy útiles para conocer el origen histórico de un buen número de principios.

Como dice con acierto Rolf Knütel⁵⁶ “en realidad se trata en gran medida de un retorno a aquellas acrisoladas máximas de la época del *ius commune*, previo a las codificaciones”.

Así es. Ahora mismo ya estamos inmersos en la fase siguiente y contraria a la anterior, esto es, la de la «descodificación». Las Directivas comunitarias, so pretexto de favorecer un derecho uniforme en los Estados miembros, arrasan buena parte de los códigos decimonónicos cuyas materia se trasladan desde la legislación común a la legislación especial. Asistimos a un acercamiento intencionado de los derechos nacionales y a una armonización del derecho privado internacional. Todo ello implica la búsqueda de los principios jurídicos comunes a los estados europeos, muchas veces localizados en aquellas raíces compartidas, aglutinadas gracias al *ius commune* o derecho romano “externo”, cuidadosamente adaptados al nivel de la civilización actual. Hay quien sugiere incluso en deshacer⁵⁷ el camino recorrido con las codificaciones, en eliminar las diferencias introducidas por éstas en el derecho más o menos homogéneo existente con anterioridad en Europa, y en la recuperación de muchos de los principios del *ius commune* e, indirectamente, del derecho romano⁵⁸.

3.- Las regulae iuris en la jurisprudencia comunitaria actual

No es necesario advertir, por ser sobradamente conocida, la compleja autonomía del derecho de la Unión Europea, puesta de manifiesto por el propio TJUE en la temprana e importantísima Sentencia del caso Van Gend & Loos⁵⁹. En ella establece el principio de efecto directo del derecho comunitario. Este derecho posee un complicado sistema de fuentes resultante del concierto de las fuentes propiamente comunitarias con las del derecho internacional y las de los Estados miembros.

Trasladado este esquema de fuentes al ámbito de los principios jurídicos, localizamos un orden jerárquico descendente conforme al cual son fuentes del derecho de la Unión: 1º.- los principios del derecho comunitario; 2º.- los principios del derecho internacional; y 3º.- los principios generales del derecho de los Estados miembros⁶⁰.

No existe un catálogo cerrado de principios del derecho de la Unión. La relación de principios comunitarios es constituida, sobre todo, por la jurisprudencia del TJUE. Dada la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales es fácil comprender la responsabilidad y dificultad implícita en la adición de cada nuevo principio a aquel catálogo y las cautelas adoptadas por el tribunal para hacerlo, comprobando si existe un grado suficiente de convergencia entre las soluciones nacionales.

A pesar de ello, la célebre Sentencia del TJUE del caso Klomp⁶¹, recordada de vez en cuando por la Conclusiones de los Abogados Generales⁶², establece como un criterio a

⁵⁶ Knütel, "Ius Commune", p. 15.

⁵⁷ Mentxaca, R., "Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria", en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, p. 531.

⁵⁸ Mentxaca, *Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria*, p. 532.

⁵⁹ Sentencia TJUE de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62).

⁶⁰ de Castro, C., "Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, p. 1066.

⁶¹ Sentencia de 25 de febrero de 1969 (asunto 23/68), ap. 13.

tener en cuenta para deducir la existencia de un principio general del derecho comunitario el comprobar que “sus orígenes se remontan al derecho romano”. Tal opinión resulta muy razonable a la vista de los antecedentes históricos mencionados líneas arriba sobre la conexión del derecho romano tanto con los ordenamientos nacionales europeos como con el propio derecho comunitario. Pero ahora me limito a recalcar una consecuencia de la aplicación de aquel criterio: algunas *regulae iuris* romanas ya han sido proclamadas “principios generales del derecho comunitario” y otras muchas son candidatas a ser llamadas a esa categoría de fuente del derecho de la Unión Europea.

Los primeros estudios importantes de esta nueva realidad se los debemos a Rolf Knütel⁶³. Éste detecta la utilización de ideas y principios del derecho romano tanto en la doctrina del TJUE⁶⁴ como en la jurisprudencia de las Cámaras de Recursos de la Oficina Europea de Patentes en Munich⁶⁵.

Knütel se suma a la opinión dominante y describe la existencia de unos principios generales comunes a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Basta para localizarlos una mera comparación valorativa de sus respectivos derechos. De este modo, en su opinión (compartida por mí), se está llegando a “una cierta reconstitución de la unidad jurídica, rica en variaciones, desarrollada en la Europa continental desde la Alta Edad Media, a partir de las fuentes del derecho romano y del derecho canónico (*ius commune*), que se rompió paso a paso desde que hace 200 años aparecieron los códigos nacionales, pero que sin embargo en aspectos esenciales sigue siendo determinante de nuestras concepciones jurídicas comunes”. Con suma agudeza considera la reconstitución de la unidad jurídica una exigencia de la práctica forense⁶⁶.

Antoine Masson y Pascale Duparc-Portier⁶⁷ han elaborado un estudio sobre el uso de los axiomas latinos por el TJUE (aunque sin distinguir los procedentes del derecho romano de los de otras raíces). Además de los métodos de investigación ordinarios o comunes a este tipo de trabajos, han realizado también encuestas a los Jueces y Abogados Generales del Tribunal. Los resultados arrojan conclusiones de tanto interés que me atrevo a sintetizarlas en los siguientes cinco puntos:

⁶² Conclusiones del Abogado General, Léger presentadas el 17 de septiembre de 2002 (asunto C-87/01 P), ap. 43

⁶³ Vid. sus trabajos en la nota 3 de este artículo. También fueron pioneros los numerosos trabajos de Reinhard Zimmerman; por mencionar solo uno *vid.* Zimmerman, R., "The civil law in European codes", en H.L. MacQueen, A. Vaquer, S. Espiau (eds.) *Regional Private Laws and Codification in Europe*, the University Press, Cambridge, 2003, pp. 18-59.

⁶⁴ Knütel, "Ius Commune", pp. 17-39.

⁶⁵ Knütel, "Ius Commune", pp. 40-43.

⁶⁶ Knütel, "Ius Commune", pp. 20 y 46. Llega a estas conclusiones tras varios estudios del derecho y de la jurisprudencia de la UE sobre aspectos jurídicos variadísimos, como lo son: los fundamentos de la responsabilidad extracontractual (arts. 215.2º del Tratado de la UE y art. 188.2º del Tratado EURATOM en relación con los presupuestos del c. 3 de la *lex Aquilia* del año 286 a.C.) o el computo de plazos (*dies ad quem computatur in termino* = el final del plazo se considera dentro del plazo) o las máximas interpretativas utilizadas por el TJUE sobre el error (*nemo censetur ignorare legem* = a nadie se le considera ignorante de la ley, en Papiniano D. 40,5,23,3; *singularia non sunt extendenda* = las disposiciones de carácter especial no pueden ser interpretadas de forma generalizada, en Paulo D. 44,4,8 pr. y D. 50,17,173,2; *a iure recedere nemo praesumitur* = de nadie se presume que renuncie a su derecho, en Papiniano D. 2,15,5), etcétera.

⁶⁷ Masson A., & Duparc-Portier, P., "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 43.4, 2007, pp. 609 a 633.

1º.- Existe una lista de aproximadamente doscientos cincuenta (250) máximas latinas usadas en la jurisprudencia del TJUE⁶⁸.

2º.- La mayoría de ellas aparecen en las sentencias con un sentido de apoyo a las ideas, o reproduciendo argumentos de los Abogados Generales o de los litigantes o, en última instancia, con un carácter meramente estilístico. Solo once de esas doscientas cincuenta reglas latinas son utilizadas por el TJUE para fundar jurídicamente una decisión de forma explícita (“appréciation d'un arrêt”)⁶⁹.

3º.- El carácter embrionario de la UE, ha conducido a los jueces a considerarla una organización internacional en vez de una entidad federal, favoreciendo la utilización tanto de los principios en latín consagrados previamente por el derecho internacional como de las reglas latinas del derecho romano comunes a los Estados fundadores, especialmente desde el ya mencionado caso Klomp⁷⁰.

4º.- Aunque el desarrollo del concepto de efecto directo del derecho comunitario lleva a los juzgadores a extremar los esfuerzos para hacerlo comprensible a todos los ciudadanos, el empleo del latín, aparentemente, podría constituir un obstáculo para esa finalidad⁷¹, sin embargo, se constatan tres hechos: a) los axiomas latinos, contra lo que pudiera parecer, simplifican la expresión de ideas, tanto para el TJUE como para los litigantes, pues dejan la puerta abierta a interpretaciones flexibles dentro de principios jurídicos generalmente aceptados⁷²; b) el latín legal se presenta a menudo como un lenguaje común para los juristas en Europa⁷³; c) la trascendencia práctica de las reglas latinas varía de un país a otro, pero su utilización por el TJUE ha contribuido a legitimarlas en los mejores círculos jurídicos de Europa y a otorgarles una unidad de lectura⁷⁴.

5º.- El latín es un factor de integración de la legislación europea. Las referencias de las sentencias a conceptos conocidos, contenidos en principios latinos de un ordenamiento nacional, permite al TJUE dar una apariencia de cierta continuidad con el derecho interno de cada Estado miembro.

En conclusión, los autores de la investigación opinan: “L'universalisme du latin a été ainsi mis au service de l'affirmation de la suprématie, de la neutralité et du caractère transnational du droit communautaire”⁷⁵.

⁶⁸ Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 612 : «Notre étude statistique sur ce thème nous a permis d'isoler une liste d'environ 250 adages et locutions latines, utilisés dans la jurisprudence de la Cour.»

⁶⁹ Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 613.

⁷⁰ Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 614.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 630.

⁷³ Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 610.

⁷⁴ Masson & Duparc-Portier, "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", p. 632.

⁷⁵ *Ibidem*.

4.- *Algunas regulae iuris del ius commune aplicadas por el TJUE*

A continuación propongo algunos ejemplos de *regulae iuris* romanas, o axiomas derivados de ellas, utilizados por la jurisprudencia del TJUE. Insisto, se trata de meras muestras casi escogidas al azar y expuestas por orden alfabético, no de importancia.

Intencionadamente renuncio a traer aquí aquellas otras reglas ya estudiadas por mí en investigaciones anteriores, como por ejemplo *actor sequitur forum rei*⁷⁶, tomado literalmente de una constitución de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 385, recogida por el CI 3,19,3, y utilizada catorce veces por la jurisprudencia comunitaria⁷⁷ y considerada por ésta como un principio general del derecho en varias sentencias⁷⁸.

4.1.- *Cuius commoda, eius incommoda*

Esta máxima significa “quien obtiene las ventajas soportará los inconvenientes”. Procede de una *regula iuris* romana prácticamente igual del jurista Paulo (libro tertio ad Sabinum) y recogida en D. 50,17,10 que dice *commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*, es decir, “las ventajas de cualquier cosa corresponden al que le correspondieren los inconvenientes”.

Es inherente a la esencia del derecho romano vincular al titular de los *commoda* (ventajas) con los *incommoda* (inconvenientes) y sus aplicaciones jurídicas son muy variadas. Gai. 2,155 dice, a propósito del liberto obligado a vender el patrimonio del patrono, “A cambio de este perjuicio se le da la ventaja” (*Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur*). Una constitución del emperador Constantino del año 321, recogida en CI. 7,66,6 sostiene la misma idea en relación con los herederos de un litigante fallecido pendiente aún la apelación, cuando ordena ampliarles el plazo⁷⁹ para evitar “sean compelidos a sufrir perjuicios, antes que experimenten alguna utilidad” (*priusquam aliquod commodum sentiant, damnis adfici compellantur*).

El propio Digesto lo hace en numerosas ocasiones: D. 18,6,7 (*ad emptoris commodum incommodumque pertinet*); 20,1,21,3 (*quidquid pignori commodi siue incommodi fortuito accessit*); 37,1,1 (*bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum*); 37,1,3 (*qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum*); 37,1,11 (*plus incommodi quam commodi haec bonorum possessio habeat*); 45,1,137,4. (*est autem facultas*

⁷⁶ Reinoso Barbero, F., "Excepciones al criterio competencial 'actor rei forum sequitur'", *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, Tomo 1º, pp. 532-546; y del mismo autor: "Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad", en *RD UNED*, n.º 4, 2009, pp. 319-342.

⁷⁷ Conclusiones del Abogado General Villalón presentadas el 29 de marzo de 2011 (asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10); Conclusiones de la Abogado General Trstenjak presentadas el 27 de enero de 2009 (asunto C-533/07); y otras de esta misma Abogado General presentadas el 11 de septiembre de 2008 (asunto 180/06); etc.

⁷⁸ *Vid.* por todas las SS TJUE, del Pleno de 19 febrero 2002 (asunto C-256/2000) y la de la Sala Sexta, de 13 julio 2000 (asunto C-412/1998) ap. 35.

⁷⁹ Hernando Aguayo, I., "La pervivencia de las *regulae iuris* en el cómputo del plazo para la prescripción de las acciones", en F. Reinoso Barbero y A. Martín Minguíjón (eds.), *Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea*, Editorial UNED, Madrid, 2013, pp. 63-94.

personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur); 50,16,83 (*Proprie 'bona' dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent*); 50,16,125. (*si ita promissum est 'cum commodum erit', hoc est 'cum sine incommodo meo potero'*); entre otras.

También en las fuentes literarias romanas se cuentan por centenares esa unión indisoluble entre la ventaja y el inconveniente (por todos *vid.* Seneca el Joven, *Epistulae Morales ad Lucilium* 92,16,1 *Commoda sunt in vita et incommoda*).

Probablemente ésta sea la razón de la varias formas o modalidades presentes en la regla *cuius commoda, eius incommoda*. Entre ellas las más conocidas son *ubi commoda, ibi incommoda; commoda ferens, incommoda et onera sustinere debet; qui habet commoda ferre debet onera et contra*; y otras más). Pero todas responden exactamente a la misma idea: quien obtiene la ventaja de una cosa debe soportar la desventaja que esa cosa cause.

La regla principal y sus derivadas son utilizadas por la jurisprudencia del TJUE manteniendo tanto la forma latina como el sentido jurídico atribuido por el derecho romano.

En las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 11 de mayo de 2010 (asunto C-467/08) –relativo a quien debe soportar el gravamen sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital correspondientes a los derechos de autor en España–, en el apartado 75 se concluye “En virtud del aforismo *cuius commoda, eius incommoda*, el usuario de la copia privada de los medios audiovisuales es quien ha de asumir la carga económica de la compensación, por lo que son los intereses de éste los que deberían tenerse en cuenta a efectos de la ponderación de intereses”. Y en la nota 52 aclara sobre la máxima *cuius commoda, eius incommoda* literalmente lo siguiente “Este aforismo de derecho romano significa que quien obtiene provecho de un bien, también ha de cargar con los inconvenientes. Según alega el Gobierno español, el sistema de compensación español está basado en este principio”.

Esta regla, bajo el formato *cuius commoda, eius incommoda*, es utilizada en los dictámenes de los Abogados Generales del TJUE en cuatro ocasiones. Pero otras muchas bajo otros modelos.

Una fórmula también habitual de este axioma es *qui habet commoda ferre debet onera*, utilizado en dos ocasiones más, una de ellas en las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 10 de julio de 2007 (asunto C-77/05) donde le atribuye expresamente el valor de “principio jurídico general”. En el punto 113 dice “El principio de integridad del acervo de Schengen constituye una concreción del principio jurídico general *qui habet commoda ferre debet onera et contra*, igualmente reconocido por el Derecho internacional público”. El asunto allí discutido es un asunto de extrema importancia pues, en definitiva, en aplicación de esta regla, prohíbe a los Estados beneficiados por el tratado de Schengen las conductas contrarias al mismo en las materias perjudiciales para ellos, pues si quieren beneficiarse de las ventajas están obligados a soportar los inconvenientes.

4.2.- De minimis non curat praetor

Significa “de los asuntos intrascendentes no se ocupa el magistrado”. Su trasunto legal es *de minimis non curat lex*. Ambos constituyen una misma regla con dos variantes cuya diferencia obedece a la especialización: la primera forma se aplica en el

ámbito jurisprudencial (se excluyen las causas insignificantes del conocimiento de los jueces) y la segunda en el legal (la ley no debe regular los temas banales).

Aunque el origen de la literalidad estricta de la regla es anónimo, su contenido procede del derecho romano y así lo entiende la doctrina (Ruedin⁸⁰, Forstmoser & Vogt⁸¹, Kaser & Hackl⁸², Seidl⁸³ o Veech & Moon⁸⁴). Aunque la referencia al pretor da una pista, la prueba romanística la ofrece, entre otras fuentes, un texto de Calistrato, libro primo edicti monitorii, recogido en D. 4,1,4 donde afirma *ne propter satis minimam rem*, eco de varias opiniones de jurisconsultos conforme a las cuales no debe ser oído el reclamante de cosa o cantidad mínima⁸⁵. El fragmento de Calistrato es objeto de varias glosas bononienses, algunas conocidas⁸⁶ y otras no. Quizás entre esas últimas se encuentre esta regla en su fisonomía actual.

Los dictámenes de los Abogados Generales del TJUE esgrimen seis veces ambas formas del axioma, es decir, tanto *de minimis non curat lex* como *de minimis non curat praetor*.

La primera variante puede verse en las Conclusiones del Abogado General KOKOTT presentadas el 17 de junio de 2010 (asunto C-97/09). El informe comienza (p. 1) precisamente con este axioma *de minimis non curat lex*, utilizado para interpretar las Directivas del IVA (impuesto sobre el valor añadido). La exégesis legal a la luz de esta regla jurídica le permite deducir el derecho de los Estados a establecer franquicias de IVA a pequeñas empresas con un mínimo volumen de negocio⁸⁷.

La segunda forma de la máxima, *de minimis non curat praetor*, es estudiada a fondo – pues es alegada como motivo fundamental por la parte recurrida (una ex Comisaria europea) frente al recurso presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas – en las Conclusiones del Abogado General GEELHOED presentadas el 23 de febrero de 2006 (asunto C-432/04). El argumento de defensa consiste en implorar la aplicación de la regla *de minimis non curat praetor* solicitando la inadmisión del recurso de la Comisión al considerar de mínima entidad el objeto del pleito una vez ha sido resuelta la imputación criminal imputada. El Abogado General, analiza monográficamente este axioma en los apartados 83, 84 y 100 al 103 y alcanza la conclusión contraria pues

⁸⁰ Ruedin, X.B., "De minimis non curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (Article 12 of Protocol No.14)", *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 82, nt. 8.

⁸¹ Forstmoser, P., & Vogt, H.U., *Einführung in das Recht*, Stämpfli, Berna, 2008, §6, par. 117.

⁸² Kaser, M., & Hackl, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, C.H. Beck, Munich, 1996, p. 422, nt. 8.

⁸³ Seidl, E., "Zur Gerichtsverfassung in der Provinz Ägypten bis ca. 250 n. Chr.", *Labeo*, n.º 11.3, 1965, p. 316.

⁸⁴ Veech, M.L., & Moon, C.R., "De minimis non curat lex", *Michigan Law Review*, n.º 45, 1947, p. 537.

⁸⁵ En realidad Calistrato somete esa exclusión a una condición suspensiva producida cuando la petición de ser restituido por razón de cosa o cantidad mínima perjudicare a cosa o suma mayor. El texto completo de D. 4.1.4: *Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat*.

⁸⁶ Pacichelli, G.B., *Tractatus de distantibus ad text. in leg. final. Digest. Fin. regund.*, Monti, Parma, 1735, p. 261, col. 2, reproduce la glosa de la *Summa* de Azón: *propter parvam rem non debere aliquid mutari*.

⁸⁷ El texto literal dice: "De minimis non curat lex afirman tanto un aforismo jurídico en latín como también la Sexta Directiva y la Directiva 2006/112/CE, que ha sustituido a la Sexta Directiva". Las Directivas permiten a los Estados miembros establecer una franquicia del IVA para aquellas pequeñas empresas cuyo volumen de operaciones no supere un importe anual determinado".

valora como trascendentes los intereses en juego, no cumpliéndose en consecuencia el requisito básico para la aplicación del principio invocado.

4.3.- *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*

Esta máxima significa “incumbe la prueba al que afirma, no al que niega”. Procede de una *regula iuris* romana idéntica del jurista Paulo (libro sexagesimonono ad edictum) recogida en D. 22,3,2 con exactamente el mismo tenor literal: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Por tanto esta regla no ha experimentado ninguna evolución terminológica desde el derecho romano a hoy⁸⁸.

De este principio derivan otros con el mismo significado final y el mismo origen romano, pues ese concepto se repite en varias fuentes y entre ellas una constitución del año 294, recogida en CI. 4,19,23, sobre la obligación de probar del actor por ser el litigante quien con más frecuencia debe afirmar su derecho (*actor quod adseverat probare ...*)⁸⁹. Una de esas especializaciones actuales atribuye también la carga de la prueba al actor mediante los apotegmas *actori incumbit onus probandi* o invirtiendo el orden de las palabras *onus probandi incumbit actori*, tomadas tanto de Paulo (libro tertio quaestionum) D,22,3,25,3, *cui onus probationis incumbit <actori>*, como de la glosa de Azón⁹⁰ a los textos romanos: *actori incumbit necessitas probandi*.

La regla principal (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*) y sus derivadas (*actori incumbit onus probandi*) han pasado a la jurisprudencia del TJUE.

La primera puede verse, por última vez, en las Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN presentadas el 24 de marzo de 2010 (asunto C-399/08 P), ap. 88. Indica que conforme a un principio general del Derecho, quien pretende invocar un derecho en juicio debe probar los hechos en que fundamenta su pretensión, “precepto enunciado a menudo con el conocido adagio latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. En nota 47 añade numerosa jurisprudencia sobre el “reconocimiento expreso de la validez de este principio también en el contencioso comunitario”.

La segunda (*actori incumbit onus probandi*) es aplicada por la Sentencia del Tribunal General, Sala Segunda, de 18 de septiembre de 2012, cuando indica en ap. 132: “Entre las reglas de procedimiento aplicables en materia de carga y práctica de la prueba, destaca en particular el aforismo *actori incumbit onus probandi*. A falta de disposiciones de procedimiento se deben aplicar los «principios de Derecho procesal generalmente reconocidos en los Estados miembros»”.

4.4.- *Fraus omnia corrumpit*

Esta máxima significa “El fraude vicia todo”. Procede de una *regula iuris* romana del jurista Paulo (libro quinto sententiarum) recogida en D,49,14,45 pr. que dice *omnibus fraus punitur*. La idea responde a una consolidada tradición romana presente en muchos

⁸⁸ Valiño, A., "Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el Derecho romano", Reinoso Barbero, F. (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, pp. 715 ss.

⁸⁹ *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*

⁹⁰ Azón, Brocardica, *De probationibus et accusationibus, rubr. XXI, f. 248.*

autores, en algunos casos en términos literales casi idénticos al principio actual, como Plinio (Naturalis Historia 34,108,8): *omnia fraudibus corrumpenti*; también Cicerón, (Pro Cluentio 83,11).

El derecho romano sanciona el fraude, al menos, desde el siglo V a.C, pues ya contiene referencias explícitas a él la propia Ley de las XII Tablas (3,6⁹¹; 8,21⁹² y 10,8⁹³ en la edición bruniana). Poco después se le otorga al magistrado la potestad de conceder por decreto una *restitutio in integrum (ob fraudem)* consistente en reponer la situación jurídica al estado anterior al fraude, con revocación de los actos posteriores derivados del mismo. Ese recurso complementario de la jurisdicción del magistrado se convierte en época clásica, para supuestos concretos, en acciones edictales con fórmula procesal ficticia, concedidas caso por caso, con efectos rescisorios sobre las consecuencias del fraude.

Ese mismo sentido del derecho romano lo conserva hoy el principio *fraus omnia corrumpit* en la jurisprudencia comunitaria. Ha sido aplicado en numerosas ocasiones y, con probabilidad, las más interesantes son las constitutivas de limitaciones técnicas al efecto general del principio.

Uno de los casos lo constituye la Sentencia del Tribunal General, Sala Tercera, de 15 de abril de 2011 (asunto T-297/05). La Sentencia, de forma reiterada, concede a esta regla el valor de principio general y la estudia en numerosas partes de su texto. En concreto en los apartados 26.91, 27, 29.64, 29.71, 77, 104, 105, 115, 119. Se trata de un caso de colusión en la concesión de unas ayudas comunitarias y se discute el alcance de la rescisión en aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*. Finalmente, en el último punto citado, el Tribunal General decide: “Por consiguiente, al constituir las disposiciones pertinentes de dicho Reglamento [se refiere al nº 2988/95] la base legal específica de la Decisión impugnada, no es necesario examinar si esta Decisión se basa, de forma implícita, en el artículo 119, apartado 2, del Reglamento financiero, en el principio *fraus omnia corrumpit* o en otra norma de Derecho comunitario.”.

Ya antes de esa Sentencia, las Conclusiones del Abogado General BOT presentadas el 17 de marzo de 2011 (asunto C-150/10), se pronuncian en un sentido similar y en el ap. 104 estima, con la sola excepción de disposición expresa de derecho derivado, la inaplicabilidad del principio jurídico *fraus omnia corrumpit* para fundamentar la anulación de una decisión de concesión de una ayuda económica.

En las Conclusiones del Abogado General KOKOTT presentadas el 16 de julio de 2009 (asunto C-352/08), ap. 63, limita acertadamente el alcance de ese principio en un caso de evasión de un impuesto sobre transmisiones, pues considera, aún cuando sea aplicable la prohibición general de abuso de derecho, ello no puede servir de base, siguiendo el *fraus omnia corrumpit*, para privar sin más al sujeto pasivo de las ventajas otorgadas por el Derecho.

⁹¹ *tertiis nudinis partis secanto. si plus minusve secuerunt, se fraude esto* (Gell., 20, 1, 48-52; Quint., 3, 6, 84; Tertul., Apol., 4; Dion Cass., 12).

⁹² *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (Serv., ad Aen., 6, 609).

⁹³ *neve aurum addito. at cui auro dentes iuncti escunt. ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto* (Cic., de leg., 2, 24, 60).

4.5.- *Impossibilium nulla obligatio est*

Esta máxima significa “es nula la obligación de cosas imposibles”. Procede de una *regula iuris* romana idéntica del jurista Celso (libro octavo digestorum) recogida en D. 50,17,185 con el mismo tenor literal actual: *impossibilium nulla obligatio est*. Por tanto esta regla tampoco ha experimentado ninguna evolución terminológica desde el derecho romano⁹⁴.

Sólo una precisión. Hoy, cuando se cita este principio, es habitual leer *impossibilium* en lugar de *impossibilium*, es decir con «m» en lugar de con «n». Ambos adjetivos son correctos en latín, si bien en nuestro caso es más exacto expresarlo con «n» tal como figura en la *editio maior* mommsenniana del Digesto. Ésta restituye la forma originaria *impossibilium* alterada por los copistas medievales, caracterizados por la tendencia unificadora de sustituirla por *impossibilium* haciéndola hoy más frecuente.

Este es el caso de las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 3 de febrero de 2011 (asunto C-482/09), sobre una petición de decisión prejudicial en materia de caducidad de una marca comercial. En el ap. 72, la Abogado General se muestra contraria a admitir dicha caducidad “a la luz del hecho de que nadie puede ser compelido jurídicamente a hacer algo imposible (*impossibilium nulla obligatio est*)”, pues, aclara, sería injusto privar de sus derechos al titular de la marca anterior por la vía de la caducidad aduciendo que no se defendió ante el uso ilegítimo de su marca por parte de un tercero cuando, en realidad, no tuvo la oportunidad de hacerlo por imposibilidad material.

La nota nº 44 de estas Conclusiones localiza con acierto el origen de la fuente latina citada. Dice literalmente: “Este aforismo del derecho romano está consagrado en el Digesto 50,17,185”.

4.6.- *In fraudem legis agere*

Esta máxima significa “actuar en fraude de la ley”. Constituye una modalidad de una expresión corriente del derecho romano vista en las obras de muchos juristas: Ulpiano (libro decimo ad legem Iuliam et Papiam) D. 37,14,6 pr.: *in fraudem legis fecerit* y en ese mismo texto *in fraudem legis factum*; Terencio Clemens (libro sexto decimo ad legem Iuliam et Papiam) D. 29,2,82: *in fraudem legis factum esset*; Escaévola (libro decimo octavo digestorum) D. 32,37,6: *in fraudem legis relictum*; Gayo (Institutiones 1,46): *quae in fraudem eius legis excogitata sunt*; y de este último autor pero en el epítome de sus instituciones 1,2,3: *in fraudem huius legis facere*.

También hay incontables referencias al fraude de ley en las fuentes literarias de finales de la república romana: *legis fraudem surripiatur* (Cic., De Lege Agraria 2,46,16), *fraudemque legis et insidias* (Cic., De Lege Agraria 1,25,1), *fraudisque contra legem* (Liv., Ab Urbe Condita 5,12,2,2), *fraudem legi fecisset* (Liv., Ab Urbe Condita 7,16,9,4), etcétera.

Más allá del tenor literal de la máxima, la explicación sobre el significado en derecho romano del fraude de ley y su diferencia con la actuación *contra legem* la ofrece Paulo (libro singulari ad legem Cinciam) D. 1,3,29, cuando dice: “Obra contra la ley el que

⁹⁴ Hernando Lera, J., "Ad impossibilia nemo tenetur", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, p. 419.

hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido”⁹⁵.

De esta distinción romanística se hacen eco las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 24 de abril de 2008 (asunto C-265/07), cuando en el ap. 42, y tras comprobar cómo el Estado italiano ha respetado aparentemente la letra de una directiva pero eludiendo en realidad el cumplimiento del objeto de la misma, califica ese comportamiento *in fraudem legis agere*. La Abogacía General es plenamente consciente de esta calificación romanística porque en la nota 50 cita la fuente (D. 1,3,29) con bibliografía especializada y una interpretación correctísima de ese texto de Digesto. Literalmente la nota 50 de las Conclusiones dice: “Según Paulo: Digesto 1, 3, 29. ... que subraya que la diferencia entre la vulneración y la elusión de la ley reside en que en la vulneración existe un comportamiento contrario a la ley, mientras que en la elusión el comportamiento es aparentemente conforme a la ley, pero en realidad supone una elusión de la norma”.

4.7.- *Iura novit curia (da mihi factum, dabo tibi ius)*

Significa “el juez conoce el derecho”. Estamos ante un principio distinto a los demás. La regla *iura novit curia*, y también otra con unas consecuencias similares, *da mihi factum dabo tibi ius*, no pertenece al derecho romano ni a ninguna de sus etapas, sino a una elaboración propia del derecho procesal del *ius commune* medieval⁹⁶. No obstante la incluyo en esta colección de axiomas romanísticos de la jurisprudencia comunitaria, porque existe una cierta identidad en este punto entre el derecho comunitario y el derecho romano.

El *iura novit curia* no rige ante el juez romano pero tampoco ante el juez del TJUE respecto de los derechos internos de los Estados. En otras palabras, este principio es común a la práctica totalidad de los Estados de la UE (salvo los regidos por el “Common law”) y obliga a sus respectivos jueces a conocer su derecho nacional propio. Sin embargo los tribunales de la Unión no están obligados a conocer esos derechos internos, respecto de los cuales no les alcanza la regla *iura novit curia*.

Esa intrascendencia de este importante principio en la UE es relativamente similar a la presentada en el derecho romano por numerosas razones, reducidas ahora en mor de la brevedad a sólo dos: 1ª.- el juez romano no tiene obligación de conocer el derecho (eso es materia del pretor) ni el juez de la Unión el derecho nacional, y en tal sentido no les afecta el adagio *iura novit curia*; 2ª.- la anterior circunstancia obliga a quien actúe ante ambos jueces –el de Roma y el de la UE– a probar ante ellos la realidad del derecho alegado. En el derecho romano post-clásico reciben las denominaciones de *recitatio legis* la presentación en juicio de la ley alegada por el litigante y *collatio codicum* la subsiguiente comprobación de su existencia por el juez, sistema no muy diferente del de la UE.

Esta cuestión queda explicada en el ap. 72 de las Conclusiones del Abogado General BOT presentadas el 28 de noviembre de 2013 (asunto C-530/12 P), en términos claros y

⁹⁵ D. 1,3,29, Paulus libro singulari ad legem Cinciam. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salva verbis legis sententiam eius circumvenit.*

⁹⁶ No considero probable el origen casual atribuido por algunos a este principio conforme al cual un juez medieval interrumpió el discurso desmedido del abogado con la recriminación *Venite ad factum. Iura novit curia* (vaya al hecho, el tribunal conoce el derecho).

merecedores de su reproducción: “La comprobación de que el derecho anterior invocado está acreditado y probado en virtud de la legislación nacional aplicable es una cuestión previa que debe resolverse antes de poder aplicar la norma del Derecho de la Unión ... Por consiguiente, aun cuando el adagio *iura novit curia* no se extiende al Derecho nacional, que el juez de la Unión no está necesariamente obligado a conocer, y aunque el contenido de ese Derecho es considerado procesalmente como un hecho que las partes tienen la carga de alegar y probar, no es menos cierto que, desde el punto de vista de la persona que ha de aplicarlo, tal Derecho ocupa, en el razonamiento intelectual que propicia la resolución del litigio, el mismo lugar que cualquier otra norma jurídica, cualquiera que sea su origen”.

En dieciséis ocasiones se ocupa la jurisprudencia de la Unión sobre este aforismo, conformando una singular dogmática desde la perspectiva comunitaria. Así las Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN presentadas el 30 de mayo de 2013 (asunto C-85/12), ap. 72, establece una nueva peculiaridad aunque obvia: el principio *iura novit curia* no solo no toca al juez de la Unión respecto del derecho nacional sino tampoco al juez nacional cuando debe aplicar un derecho de otro Estado.

La misma suerte del principio *iura novit curia* corre el derivado del mismo *da mihi factum, dabo tibi ius* (habla el juez: “dame el hecho y yo te doy el derecho”), y así se ha puesto de manifiesto en el ap. 67 de las Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN presentadas el 25 de noviembre de 2010 (asunto C-83/09 P).

4.8.- *Lex specialis derogat legi generali*

Esta máxima significa “la ley especial deroga la general”. Procede de una *regula iuris* romana del jurista Papiniano (libro trigensimo tertio quaestionum) D. 50,17,80: *in toto iure generi per speciem derogatur* (“en todo el derecho el género es derogado por la especie”) como en su libro secundo definitionum, D. 48,19,41, *Nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare* (“y no se duda que en todo otro derecho la especie deroga al género”).

El principio *lex specialis derogat legi generali* es utilizado en veintiocho ocasiones en la jurisprudencia de la Unión, suficientes para generar una doctrina homogénea y consolidada bajo los siguientes criterios exegeticos:

1. En virtud del principio *lex specialis derogat legi generali*, si la cuestión planteada al Tribunal de Justicia está prevista en una norma especial debe resolverse exclusivamente sobre la base de dicha ley especial, siendo innecesario proceder al examen de las normas generales. Cfr. Conclusiones presentadas por el Abogado General WAHL el 22 de mayo de 2014 (asunto C-221/13), ap. 48.
2. El principio *lex specialis derogat legi generali* exige analizar las normas especiales en primer lugar y, si se cumplen los requisitos para su aplicación, ésta es prioritaria. Cfr. Conclusiones del Abogado General TRSTENJAK presentadas el 7 de septiembre de 2010 (asunto C-270/09), ap. 66.
3. Conforme al principio *lex specialis derogat legi generali*, pueden excluirse derechos previstos en normas generales cuando existen normas especiales que regulan ámbitos específicos. Cfr. Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 18 de septiembre de 2012 (asunto F-96/09), ap. 80, invocando abundante jurisprudencia en especial la Sentencia del Tribunal de 20 de enero de 2011 (asuntos F-121/07, T-197/11 P y T-198/11 P), ap. 65.

4. Según el principio *lex specialis derogat legi generali*, la colisión entre normas especiales y generales se resuelve a favor de las primeras. Cfr. Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 9 de junio de 2010 (asunto T-237/05), ap. 33.
5. “La aplicación del criterio *lex specialis derogat legi generali* adquiere relevancia cuando dos disposiciones persiguen objetivos idénticos y contienen contenidos contradictorios”. Cfr. Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN presentadas el 26 de junio de 2012 (asunto C-199/11), ap. 26.
6. El principio *lex specialis derogat legi generali* está vinculado al principio de seguridad jurídica, el principio de presunción de legalidad y de efecto útil de los actos de la Unión. Cfr. Sentencia del Tribunal General, Sala Cuarta ampliada, de 21 de marzo de 2012 (asuntos acumulados T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV y T-69/06 RENV.), ap. 55.
7. El principio *lex specialis derogat legi generali* sólo se aplica a la relación existente entre dos normas en vigor. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de marzo de 2011 (asunto C-352/09 P), ap. 48.

En suma el principio de especialidad rige las relaciones internormativas, en virtud del cual la ley especial prevalece sobre cualquier otra de igual o inferior rango, desplazando la eficacia de esta última. Así mismo, la interpretación jurisprudencial de este principio, niega la supletoriedad de la ley general en las cuestiones que la ley especial directamente regula. El principio de especialidad resuelve el problema del concurso de leyes o de conflicto aparente de las mismas mediante la aplicación preferente y prioritaria de la norma especial.

4.9.- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

Es uno de los principios romanos más utilizados por el TJUE⁹⁷. Esta máxima significa “nadie escuche a quien alega su propia torpeza”, esto es, no cabe, en perjuicio de tercero, alegar ni ampararse en los propios errores, menos aún si éstos son dolosos o constituyen un delito. Procede de una *regula iuris* romana del jurista Ulpiano (libro vicesimo primo ad edictum) recogida en D. 50,17,134, *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (“nadie puede mejorar su condición por su propio delito”). La idea figura en varias constituciones, como una del año 223 del emperador Alejandro Severo, CI. 7,8,5⁹⁸ *si fraudem se fecisse ... audeat dicere, audiri non debet* (“si el que hizo un fraude se atreviera a alegarlo, no debe ser oído”), origen de otras reglas con idéntico sentido como *fraudem suam nemo debet allegare*⁹⁹ (“nadie puede alegar su propio fraude”). Otras constituciones, como la recogida en CI. 2,4,30 del año 294, explican magníficamente la respuesta jurídica oportuna en estos casos: “Si después de realizar un negocio confiesas que ha habido dolo por tu parte contra quienes ahora demandas, es grave para ti, e incluso criminal, que se revise la cuestión”¹⁰⁰. Los

⁹⁷ Masson & Duparc-Portier, *Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes*, p. 609.

⁹⁸ El texto completo de CI. 7,8,5: Imperator Alexander Severus . *Si creditoribus satisfactum fuerit, ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt. Nam ipse manumissor si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates, audeat dicere, audiri non debet nec heredes eius* (año 223).

⁹⁹ Festi, F., *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 155 ss. y nt. 162 con abundante bibliografía sobre esta regla.

¹⁰⁰ CI. 2,4,30: Imperatores Diocletianus, Maximianus . *Transactione finita, cum ex partibus tuis magis dolum intercessisse quam eorum, contra quos preces fundis, confitearis, instaurare grave nec non criminosum tibi est.* (año 294).

glosadores dicen *dolum proprium non debet quis posse allegare*¹⁰¹ (“no se puede alegar el dolo propio”).

Otras variantes¹⁰² del principio son *propiam turpitudinem alegans non auditur*, son también –y muy utilizado por la jurisprudencia comunitaria– *nemo auditur suam turpitudinem allegans* o la regla *nec aequum est, dolum suum quemquam relevare*, es decir, “no es justo que su propio dolo releve a cualquiera de una obligación”, procedente de Ulpiano (libro trigésimo primo ad edictum) D. 17,2,63.

Esta regla, en definitiva, impide invocar el error, la culpa, el dolo, el fraude o el delito, por quien lo ha producido. En consecuencia la regla, en virtud del principio de los propios actos, tiene aplicación desde los meros supuestos de error en el consentimiento como vicio del contrato hasta los supuestos en los que el motivo de nulidad ha sido causado intencionalmente o consentido por la parte que lo alega. Según la doctrina, no debe aplicarse en los casos de nulidad radical por el mero hecho de haber incurrido en error, al menos cuando quien lo padece intenta inmediatamente su subsanación pues este principio está vinculado a la teoría de la buena fe.

En los últimos años ha sido utilizado veinticuatro veces por el TJUE, tras ser declarado como un «principio de Derecho» por el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 1996 (asunto T-177/95).

Una definición reciente y genérica de la regla, tal como la entiende la jurisprudencia de la Unión –en los mismos términos vistos en el derecho romano– se encuentra en la Sentencia del Tribunal General, Sala Primera, de 10 de abril de 2013 (asunto T-671/11), ap. 34, cuando dice “la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* preceptúa que no se puede invocar el dolo propio para lograr una ventaja”.

Esta concepción del principio difiere de la existente en la doctrina más temprana (cfr. Conclusiones del Abogado General VAN GERVEN presentadas el 30 de enero de 1990, asunto C-262/88, nota 34), pues aunque diferencia ya entre los principios *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y el menos extendido «estoppel» procedente del derecho anglo-americano¹⁰³, sin embargo entonces se consideraba: “*Nemo auditur* se refiere con mayor claridad a una omisión, mientras que «estoppel» (también) puede referirse a una contradicción en el propio comportamiento y a la confianza así inculcada en otra persona, confianza con la que esta persona ha sintonizado sus actos”.

Ambos principios comparten hoy numerosos lugares comunes y, en algunas ocasiones, son utilizados indistintamente. Puede verse esa tendencia en las Conclusiones del Abogado General WAHL presentadas el 18 de septiembre de 2013 (asunto C-425/12), ap. 56, cuando sostiene unos datos doctrinales de verdadera relevancia: 1º.- el argumento que se inspira en el principio de «estoppel» o en la norma *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* es el mismo; 2º.- ese argumento sólo tiene sentido en enfrentamientos entre particulares, entre Estados, o entre el Estado y los particulares (por ej. cuando el Estado desea oponer a los particulares el incumplimiento

¹⁰¹ Azón, *Brocardica, De doli consideratione, rubr. V, f. 65.*

¹⁰² Masson & Duparc-Portier, *Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes*, p. 618, nt. 42, muchas veces el TJUE abrevia el principio y lo limita a la expresión *Nemo auditur*. También utiliza otras variantes: *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*; o *Nemo auditur turpitudinem propriam allegans*; o *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*.

¹⁰³ Masson & Duparc-Portier, *Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes*, p. 626, indica una circunstancia curiosa, en las versiones inglesas de las sentencias y conclusiones, el principio es sustituido por las formas *ex turpi causa non oritur actio* o también (y notablemente distinta) *in pari delicto potior est conditio defendentis*.

de las obligaciones que implica una directiva europea), pero no sucede lo mismo cuando el litigio enfrenta a dos órganos del Estado.

También se ve la utilización conjunta e indistinta de ambos principios en las Conclusiones del Abogado General MENGOZZI presentada el 21 de noviembre de 2012 (asunto C-334/12 RX-II), ap. 49, en un caso de recursos interpuestos extemporáneamente, la aplicación de los principios de «estoppel» o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* permite a los demandantes poder alegar que se tengan en cuenta las circunstancias de cada asunto concreto y trasladar los riesgos procedimentales ligados a la incertidumbre del plazo de interposición al organismo que los causó.

Sin embargo la relación del *nemo auditur* con otros principios distintos del «estoppel», puede ser de colisión en casos concretos. Uno de ellos lo ofrecen las Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN presentadas el 26 de mayo de 2011 (asuntos acumulados C-89/10 y C-96/10), ap. 4, al poner de relieve las distintas consecuencias según se aplique el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o, por el contrario, el *iura vigilantibus, non dormientibus prosunt* (“los derechos acuden en favor de quienes están vigilantes, no de quienes duermen”). Sólo la preferencia del primero sobre el segundo permite obligar al Estado belga a indemnizar las consecuencias económicas de su actuación ilegal con respecto a los particulares desde principios de los años noventa.

El principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* comienza a cubrir nuevas áreas, como las previstas en las Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN presentadas el 14 de marzo de 2013 (asunto C-3/12), ap. 53, pues su aplicación impide escapar al operador jurídico controlado de las eventuales diligencias de control negándose a cooperar con la investigación.

Por último, la regla es también utilizada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (entre otras muchas en la Sentencia de 24 de abril de 2008)¹⁰⁴.

4.10.- *Non bis in idem*

Esta máxima significa “no dos veces por lo mismo”. Aunque su significado se remonta a la noche de los tiempos, y hay quien ve un rastro de ella en el derecho ateniense del siglo IV a.C, la regla como tal procede del jurista romano Gayo (libro octavo decimo ad edictum provinciale) D. 50,17,57: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* (“la buena fe no consiente que se exija dos veces lo mismo”). Con la práctica forense ese texto se redujo a sólo *non bis idem exigatur* y finalmente a *non bis idem*.

La idea del *non bis in idem* está presente en numerosas fuentes del derecho romano. La recogen leyes, jurisprudencia y constituciones imperiales. El jurista Ulpiano (libro septimo de officio Proconsulis) D. 48,2,7,2 afirma: “No se debe consentir que uno sea acusado de los mismos delitos de que fue declarado libre; así lo respondió por rescripto

¹⁰⁴ “Ils insistèrent notamment sur le fait qu'il était indubitable, et d'ailleurs non contesté, que l'acquisition des terrains litigieux avait été faite par l'Etat pour cause d'utilité publique, en exécution de la loi de 1967. Ils jugèrent inadmissible que l'Etat, ignorant l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, se fondait sur l'inobservation d'un texte légal formel pour se soustraire à son obligation de rétrocession” (STEDH 17140/2005 de 24 abril 2008).

el Divino Pio a Salvio Valente”¹⁰⁵. Y una constitución del año 289 de los emperadores Diocleciano y Maximiano, CI. 9,2,9, establece: “Quien fue acusado de un crimen público no puede volver a ser acusado del mismo crimen por otro”¹⁰⁶.

La regla, con mínimas diferencias prácticas, pasa a la totalidad de los ordenamientos europeos y al propio derecho de la Unión al ser «positivada» en numerosos instrumentos y, sobre todo, porque el TJUE declaró que el principio *non bis in idem* constituye un «principio fundamental del Derecho comunitario» en la Sentencia de 15 de octubre de 2002 (asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. 2002, ap. I-8375) y ha sido aplicado por dicho Tribunal y sus Abogados Generales en más de doscientas ocasiones, la última de ellas –al tiempo de escribir estas líneas– en la recientísima Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 30 de abril de 2014 (asunto C-390/12).

Desde el punto de vista de los derechos nacionales, su aplicación más frecuente se localiza en los procesos sobre faltas y sanciones administrativas, régimen disciplinario de los funcionarios públicos, la agravante de reincidencia, en los concursos de delitos, y en la *res iudicata*. Existe una doctrina muy temprana sobre la colisión entre una actuación sancionadora jurisdiccional y otra administrativa, resolviendo en favor de la primera. La denominada ‘cosa juzgada material en su vertiente negativa’, se plasma precisamente en este principio *non bis in idem*, como obstáculo para volver a plantear una contienda judicial ya dilucidada por sentencia firme. En el ámbito penal se exige para su aplicación la existencia de una triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Y ello tanto en su faceta sustantiva como en la procesal, pues la jurisprudencia ve en este principio la garantía de no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. El principio también desarrolla una intensa actividad en el ámbito contencioso-administrativo. En esta jurisdicción aparece frecuentemente conectado con el principio de seguridad jurídica.

La jurisprudencia del TJUE ha elaborado una extensísima doctrina propia sobre la casuística planteada ante su jurisdicción, cuya exposición completa excede la finalidad de este estudio. Pero como resumen de la misma diré, con fundamento en las Conclusiones del Abogado General SHARPSTON presentadas el 15 de junio de 2006 (asunto C-467/04), ap. 72, la pervivencia consciente del concepto otorgado al principio por el derecho romano. El principio *non bis in idem*, según las Conclusiones indicadas, tiene su origen “la antigüedad clásica” y es considerado sobre todo un remedio para proteger al individuo frente a la posibilidad de que el Estado abuse del *ius puniendi* que le corresponde. La referencia a la antigüedad clásica y ese sentido es aclarado en la muy culta nota 56, donde ofrece una síntesis de la evolución histórica del principio desde Demóstenes hasta Becket, destacando literalmente “pueden encontrarse referencias a este principio ... en el derecho romano, en donde aparece en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Dig.48.2.7.2 y Cj.9.2.9 pr: 529-534 d.C.)”.

El expresado concepto del *non bis in idem* se concreta en los dos aspectos configuradores de este principio en la jurisprudencia comunitaria, a saber la prohibición de un doble procedimiento sancionador y la prohibición de la doble condena. Ambos

¹⁰⁵ D. 48,2,7,2: Ulpianus, libro septimo de officio Proconsulis, *Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita Divus Pius Salvio Valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est.*

¹⁰⁶ CI. 9,2,9: Imperatores Diocletianus, Maximianus . *Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest.*

aspectos son ilustrados en las Conclusiones del Abogado General BOT presentadas el 17 de marzo de 2011 (asunto C-150/10), ap. 98 y en las notas 42 y 43, conforme a las cuales: 1º.- la prohibición de un doble procedimiento sancionador se recoge con más precisión en el adagio *nemo debet bis vexari* o también *bis de eadem re ne sit actio*; y 2º.- La prohibición de la doble condena se expresa en el aforismo *nemo debet bis puniri pro uno delicto*.

4.11.- *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Esta máxima significa “ningún delito, ninguna pena sin ley”. Procede de un concepto romano expresado por el jurista Ulpiano (libro tertio ad legem Iuliam et Papiam) D. 50,16,131 pr. y 1, donde se dice *poena sine fraude esse non potest* (“no puede haber pena sin delito”)¹⁰⁷ ... *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est* (“y no se impondrá pena, sino la que por alguna ley o por algún otro derecho se establece especialmente para ese delito”). En consecuencia el derecho romano ya prevé, no solo aquel principio, sino otro derivado del mismo, el principio de certeza de la ley sancionadora consagrado hoy en el aforismo *nulla poena sine lege certa*.

Como ha recordado el TJUE en las Sentencia del Pleno de 3 mayo 2007 (asunto C-303/05), ap. 49, y en la Sentencia de la Gran Sala de 29 de marzo de 2011 (asunto C-352/09 P), ap. 80, esta regla forma parte de los «principios generales del Derecho» en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros hasta el punto de incluirla, entre otros instrumentos legales europeos, en el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 12 febrero 2008 (asunto 21906/04), ap. 138, se pronuncia en el mismo sentido e incluye una vez más esta regla entre los «principios básicos de su jurisprudencia» desde que lo estableciera como tal en 1993.

Por todas estas razones es denominado por la doctrina “fundamento de la civilización jurídica europea” como lo recuerdan las Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006 (asunto C-303/05), ap. 100.

La utilidad más habitual de este principio se ha desplazado desde el principio de tipicidad penal a la consagración del principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador vinculando tanto al legislador como a los tribunales. La doctrina del TJUE extiende la aplicabilidad del principio al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador comprendiendo una doble garantía: 1ª.- predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; 2ª.- rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Tercera ampliada, de 8 de julio de 2008 (asunto T-99/04), ap. 85, incluye entre los derivados del principio en cuestión

¹⁰⁷ Es claro también el vínculo de esta regla con aquella otra *nulla poena sine culpa*. Knütel, "Ius Commune", pp. 34 ss. sostiene acertadamente: “Por el contrario, es cuestionable hasta qué punto también sigue vigente la máxima *nulla poena sine culpa* (= no hay pena si no ha habido culpa). El TJUE ha hablado ciertamente del "típico principio del Derecho Penal *nulla poena sine culpa*" de modo que la reconoce como tal de forma manifiesta”.

el principio de certeza de la ley penal (*nulla poena sine lege certa*) para garantizar –en sintonía con lo previsto ya por el derecho romano– una sanción previsible para el destinatario de la norma infringida, pues, conforme a reiterada doctrina, una sanción, aunque no posea carácter penal, sólo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua.

4.12.- *Pacta sunt servanda*

Esta máxima significa “los pactos han de cumplirse”. Procede de un principio del derecho romano recogido en numerosas fuentes. Desde un punto de vista de la literalidad es prácticamente idéntico a la parte final de un pronunciamiento del jurista Paulo (libro septimo ad Sabinum) D. 23,4,5,1: *pacta servanda sunt*¹⁰⁸. La expresión es típica de este jurista porque la utiliza, con sentido negativo, en otros lugares como en (libro tertio ad edictum) D. 2,14,27,4, *pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda* (“los pactos que contienen causa ilícita no han de cumplirse”). También aparece en una constitución del año 230, recogida en CI. 2,3,12¹⁰⁹: *pacta novissima servari oportere*, es decir, “los pactos más recientes han de cumplirse”. Este principio ya existe en época republicana y se encuentra incorporado al edicto del pretor pues Cicerón al comentar el edicto, en De Officiis 3.92.7, dice *Pacta et promissa semperne servanda sint* (“los pactos y promesas han de cumplirse siempre”)¹¹⁰. En otro lugar, Rhetorica ad Herennium 2,20, insiste: *Pacta sunt, quae legibus observanda sunt* (“los pactos y las leyes han de cumplirse”). En efecto, la obligación de cumplir los pactos se encuentra incluida en el edicto cuya cláusula es reproducida por Ulpiano (libro quarto ad edictum) D. 2,14,7,7 en los siguientes términos: “Dice el pretor: «Mantendré los pactos contraídos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos »”¹¹¹.

Tal como reconoce el Comité Económico y Social¹¹² de la UE el principio *pacta sunt servanda* está presente en casi todos los sistemas de derecho civil europeos, si bien observa la actual insuficiencia de los principios clásicos de la autonomía de la voluntad, de la igualdad de las partes y de la libertad de contratar.

Ahora bien, el *pacta sunt servanda* además de ser un principio tradicional del derecho civil es hoy también un “principio general del derecho internacional”. Precisamente esta segunda faceta es la más examinada por el TJUE, como consecuencia

¹⁰⁸ Se invoca en primer lugar por su literalidad aunque, en realidad, visto en su contexto completo, el sentido es negativo pues se refiere a los pactos excluidos de cumplimiento: *Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas uel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres inuitantur, altero ius civile impugnatur. Et si conuenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.*

¹⁰⁹ CI. 2,3,12: Imperator Alexander Severus . *Pacta novissima servari oportere tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat. Quapropter si conventione quae praecessit diversa pars usuram se non esse consensit, et maxime si, ut proponis, id etiam apud acta praesidis adseveravit, actionem, quae super prima conventionem fuerat, exercere non prohiberis.*

¹¹⁰ Cicerón expresamente se refiere al edicto pretorio, pues el texto continua afirmando *Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores solent, facta sint.*

¹¹¹ D. 2,14,7,7: *Ait praetor: «pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo».*

¹¹² Apartado 1.1 del Dictamen del Comité Económico y Social de 8 de noviembre de 2000 sobre el "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores"

de las incompatibilidades existentes entre los tratados y convenios suscritos por los Estados o, de forma más habitual, las producidas entre las obligaciones comunitarias de los Estados y los pactos privados convenidos con terceros.

La Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2014 (asunto C-537/11), estudia el principio en los apartados 36-41, y considera, en atención a ese carácter de principio general de derecho internacional del *pacta sunt servanda*, su prevalencia sobre otras disposiciones que puedan obligar a los Estados miembros que son Parte en un determinado Protocolo a incumplir las obligaciones que les incumben en relación con las otras Partes contratantes de éste.

Esta idea compleja es sintetizada con gran claridad en las Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 10 de febrero de 2009 (asunto C-284/05), apartados 189-195, conforme a las cuales no se puede dejar el cumplimiento del derecho comunitario en manos de terceros, sean Estados, entes privados o empresas, y la regla *pacta sunt servanda* obliga a los Estados firmantes de un contrato a remover los obstáculos necesarios para cumplir con las obligaciones exigidas por el derecho comunitario.

4.13.- *Par conditio creditorum*

Esta máxima significa “igual condición de los acreedores”. Procede de una *regula iuris* romana prácticamente idéntica del jurista Ulpiano (libro sexagensimo sexto ad edictum) D. 42,8,6,7: *par conditio omnium creditorum*¹¹³ “igual condición de todos los acreedores”.

No es necesario hacer más referencias al derecho romano como origen de este principio porque la propia jurisprudencia de la Unión se encarga de hacerlas a propósito de la acción revocatoria concursal.

Me refiero en concreto a las Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 16 de octubre de 2008 (asunto C-339/07), ap. 23 y nt. 6, donde se reconoce, como no puede ser de otra forma, al derecho romano como origen de las primeras prácticas jurídicas en la protección del acreedor frente a las maniobras torticeras de los deudores. Reproduzco a continuación de forma literal las extensas consideraciones dedicadas a ese origen romanístico:

– ap. 24: “La *actio per manus iniectio*, manifestación primitiva de la acción revocatoria, constituía un instrumento ejecutivo que otorgaba al acreedor el derecho de vender al deudor como esclavo, incluso junto con su familia, o de matarlo, si se probaba el crédito por sentencia o por confesión (nota 7). La Ley de las XII Tablas, en su Tabla III, ratificaba con suma expresividad la dureza del régimen procesal romano, cerrando el capítulo relativo a los créditos con la famosa máxima *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (por esto, eterna autoridad contra el enemigo). (nota 8)”.

– ap. 25: “Alrededor de los años 150 al 125 a. de C. un pretor de nombre Paulus, del que poco se sabe (nota 9), contribuyó a superar el formalismo de las acciones civiles primitivas, articulando una idea de carácter personal y discrecional, que permitía al

¹¹³ D. 42,8,6,7: *Sciendum iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset.*

acreedor rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio (nota 10). Siglos después, el Digesto corroboró la versión más sofisticada de la actio pauliana, como resultado de su fusión, en la configuración clásica, con el *interdictum fraudatorium* (nota 11). A partir de este momento se construye la pauliana, basada en la alienatio (alienación), el eventus fraudis (perjuicio), el fraus (fraude) y la participatio fraudis (conocimiento del fraude)”.

- ap. 26: “Dos mil años representan tiempo suficiente para que progresen el derecho y sus operadores. Sin embargo, el genio de los juristas romanos consiguió que la acción pauliana mantuviera intactos sus principales rasgos de identidad hasta la actualidad. A pesar de las diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros, hay un código genético común a las soluciones que proporcionan frente a los actos de disposición patrimonial en fraude de acreedores. Así, la acción pauliana se construye hoy día como una excepción al efecto relativo de los contratos, decayendo la regla de que quien sea ajeno al contrato no puede beneficiarse ni sufrir sus consecuencias jurídicas (nota 12).”

- ap. 27: “. ... redundando, por tanto, en beneficio de todos los acreedores, rasgo típico convertido en principio general del derecho concursal bajo el adagio latino de la *par conditio creditorum*.”.

Y a continuación se insertan las siguientes notas aclaratorias de algunos de los argumentos expuestos:

- Nota 6: “El romanista español Xavier d'Ors iniciaba una obra, calificando la revocación de los actos fraudulentos como uno de los puntos más difíciles y disputados de todo el derecho romano (*El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, ap. 1)”.

- Nota 7: “El procedimiento de la *manus iniectio* se tramitaba así: pasados treinta días desde que se dictara la sentencia en juicio declarativo sin que el deudor hubiera pagado, el acreedor llevaba al deudor, por la fuerza si era necesario, ante el magistrado y pronunciaba «pues tú fuiste condenado a pagarme diez mil sestercios y no me los has pagado, por esto procedo apoderarme de ti juzgado en diez mil sestercios» (Gayo 4, 21)”.

- Nota 8: “Para unos comentaristas, la expresión prueba la existencia de una regla de imprescriptibilidad de los créditos personales. Para otros, la alusión al «enemigo» se refiere a quienes no gozaban de la ciudadanía romana, contra los que el acreedor podía dirigirse en cualquier momento. Sin aventurar la lectura correcta, por desproporcionada o por discriminatoria, el derecho de Roma avanzó por derroteros más sutiles.”.

- Nota 9: “El misterioso pretor Paulus ha dado pie a un gran debate entre los romanistas: para unos, se trataría del jurisconsulto Paulo, prefecto pretoriano en el 222 a. de C. Para otros, la evolución del nombre proviene de un proceso que se desarrolla en el periodo bizantino. Así lo relata Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8ª ed., París, LGDJ, 1920-1921, nº 1413 y, con mayor detalle, Collinet, P., «L'origine byzantine du nom de la Paulienne», *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 43, 1919.”.

- Nota 10: “Ankum, J.A., *De geschiedenis der «actio pauliana»*, Zwolle Tjeenk Willink, 1962; Coing, H., «*Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus*», en *Festschrift ap. Koschaker*, tomo III, 1939, pp. 402 y ss.; D'Ors, X., op. cit., p. 203; Gutiérrez, F., *Diccionario de derecho romano*, Editorial Reus, Madrid, 1982, p. 25”

- Nota 11: “Digesto, libro XXII, tomo I, 38.4: «También se deben restituir los frutos de la acción fabiana y en la pauliana, por la que se revoca lo enajenado en el fraude de los acreedores, pues el pretor interviene para que todo quede como si nada se

hubiese enajenado, lo que parece justo, pues la palabra “restituirás” que el pretor usa en este edicto tiene un sentido lo bastante amplio como para comprender la restitución de los frutos» (Paulo 6 ad Plaut.).”.

– Nota 12: “Principio que la máxima latina define como *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest.*”.

La extensa atención dedicada al derecho romano evidencia la trascendencia otorgada a éste por la jurisprudencia de la Unión en materia de *par conditio creditorum* y para interpretar las actuales acciones pauliana y revocatoria en el concurso de acreedores.

4.14.- *Patere legem quam ipse fecisti*

Esta máxima significa “sométete a la ley que tú mismo hiciste”¹¹⁴. Aunque se ha especulado sobre su origen¹¹⁵, en mi opinión, ésta se encuentra en un proverbio prácticamente idéntico contenido en la compilación romana del siglo III, *Disticha Catonis*¹¹⁶, *Breves sententiae* n° 49¹¹⁷: *patere legem quam tu ipse tuleris.* (“sométete a la ley que tú mismo dictaste”).

En derecho romano está muy arraigado ese concepto, y su sentido y desarrollo se encuentran en el denominado edicto de retorsión, cuya principal fuente es D. 2,2, bajo el expresivo título *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* (“que cada uno use el mismo derecho que hubiere establecido contra otro”). Esta parte del edicto vincula al autor, aplicador o mero invocador de un derecho y por tal razón queda sometido al mismo. El jurista Ulpiano (D.2,2,1) expresa la cuestión formulándola en forma de pregunta ¿quién se opondrá a que se le aplique el derecho que él mismo aplicó a otros o hizo que se les aplicase?¹¹⁸.

La jurisprudencia comunitaria al aplicar esta regla (en treinta y tres ocasiones) mantiene el mismo criterio de vincular al autor de la norma a la propia norma para impedir su elusión. Menciono al autor porque quizás sea éste el supuesto más frecuente desde la perspectiva casuística, pero igual criterio es también de aplicación a quien invoca una norma y luego pretende evitar sus consecuencias.

¹¹⁴ Reinoso Barbero, F., “Origen gnómico del principio «patere legem quam ipse fecisti»”, en *Studi Corbino*, aún en prensa, estudia las primeras fuentes gnómicas de los siglos III y IV en las que aparece este principio.

¹¹⁵ Knütel, “Ius Commune”, p. 39, aunque menciona el criterio de la tradición (conforme al cual el origen se encuentra en una decisión del cónsul Manlius Imperiosus Torquatus del año 340 a.C.) sitúa el nacimiento del principio –aunque con una formulación literal diversa– en la *lex Cornelia de Iurisdictione* del año 67 a.C., en la “que expresamente se dispone que los pretores estaban obligados a atenerse a aquello que ellos mismos hubiesen dispuesto en sus edictos”.

¹¹⁶ Quizás procedentes del censor romano Catón el Viejo (Siglo II a.C.). En todo caso el escritor es romano y anterior al siglo III, época de la compilación de los *Disticha Catonis*. Sobre la autoría de los *Disticha* vid. González-Blanco, E., *Las traducciones romances de los Disticha Catonis*, eHumanista, 9, 2007, 22. González Blanco (Universidad de Harvard) reconoce la inseguridad al respecto y se han postulado como autores a Catón el Censor, un Catón de Útica, o un Catón de Córdoba de nombre Dionisio Catón. Según ella los proverbios de esta magnífica obra parecen pertenecer a un sustrato popular oral de carácter sapiencial atribuidos, en el manuscrito más antiguo que contiene el texto, el Veronensis CLXIII, a Catón el Censor y destaca como, a pesar de las dudas al respecto, los glosadores y comentaristas medievales sostienen con carácter general la autoría de ése Catón.

¹¹⁷ He utilizado la edición, antes mencionada, de *Catonis Disticha moralia. Annotationibus quibusdam Antonij Nebrissensis illustrata. Dicta Sapientum. Mimi Publani. Isocratis Parenensis. Christiani Militis institutum Per Erasmum Roterodamum*, Granada, 1553, f. 4 bajo el título «Libellus»

¹¹⁸ D. 2,2,1: *quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit?*

El axioma *patere legem quam tu ipse fecisti* en la práctica de la jurisprudencia de la Unión aparece aplicado en conexión con otros principios y, entre ellos de forma especial, el de confianza legítima y el de seguridad jurídica¹¹⁹. La interconexión con esos principios se produce por ejemplo en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 19 de noviembre de 2013 (asunto C-63/12) y en las Sentencias del Tribunal de la Función Pública, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2010 (asunto F-25/07) y en la de la Sala Primera del mismo tribunal de 7 de julio de 2009 (asunto F-39/08)

También su praxis está vinculada a la teoría de los actos propios, puesta en entredicho con asiduidad en asuntos relativos a convocatorias públicas tales como adjudicaciones de obras o servicios, subastas, contratos, licitaciones, contratación de personal, etcétera, donde las bases de dichas convocatorias obligan a la autoridad convocante por conducto, entre otros, del principio *patere legem quam tu ipse fecisti*. Es el caso de las Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 11 de marzo de 2004, (asunto C-150/03 P), ap. 32, donde al tiempo de detectar un holgado margen competencial en la autoridad contratante advierte de la imposibilidad de separarse del marco normativo impuesto por ella misma para realizar esa contratación, “pues nadie puede contradecir válidamente sus propios actos, conforme al aforismo latino *patere legem quam ipse fecisti* (hay que someterse a la ley que uno mismo promulgó)”.

4.15.- *Prior tempore potior iure*

Esta máxima significa “primero en el tiempo, preferido en el derecho”. Procede de un principio romano prácticamente idéntico recogido en un rescripto del emperador Antonino del año 213, CI. 8,17,3: *prior es tempore, ita potior iure*¹²⁰.

Es un principio básico de prelación cronológica. Establece la preferencia por razones temporales primando la antigüedad. Es aplicable a numerosas instituciones. Entre ellas, en especial, a la adquisición de derechos y al régimen registral. El principio cuenta con una abundante base legal, tanto de rango nacional como comunitario, informadora de la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior en los supuestos de colisión entre ellas. En el ámbito registral, el principio constituye un criterio conveniente de discriminación en aquellos casos de simultaneidad incompatible de dos asientos de igual rango y naturaleza. Por tal circunstancia se considera uno de los principios rectores del sistema tabular.

La “positivación” del principio suele desplazar su utilización jurisprudencial en beneficio de los artículos receptores. Un ejemplo lo ofrece las Conclusiones del Abogado General WAHL presentadas el 16 de mayo de 2013 (asunto C-157/12), ap. 29, cuando afirma: “con arreglo al artículo 34, apartado 4 del Reglamento (CE) n° 44/2001, se concede preferencia a la resolución judicial extranjera dictada en primer lugar de conformidad con el principio de *prior tempore, potior iure*”.

La materia registral –ya sea de derechos reales, intelectuales o industriales– es probablemente la más sensible a recibir este principio entre sus normas. Un caso explícito es el considerando undécimo del Reglamento (CE) 874/2004, sobre principios

¹¹⁹ Torres Parra, M.J., "Patere legem quam ipse fecisti en la jurisprudencia comunitaria", Reinoso Barbero, F. (ed.), *Principios Generales del Derecho*, p. 1098.

¹²⁰ CI. 8,17,3: Imperator Antoninus . *Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure.*

en materia de registro¹²¹, pero aún y así los juristas modernos encuentran en él al viejo principio romano, como lo hacen las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 10 de febrero de 2010 (asunto C-569/08), cuando ve en aquél precepto reglamentario “la versión moderna del adagio romano *prior tempore potior iure* y añade en nota 35 el origen del mismo: “*Codex Iustinianus. Corpus Iuris Civilis*, tomo II, Krüger, Berlín, 1954, 8.17 (18)3(4).”.

Esa recepción legal del principio, casi extrema, le genera una cierta orfandad si se invoca ante el TJUE como tal –esto es, no bajo especie de ley sino como regla jurídica– y reduce sus posibilidades de éxito (cfr. Sentencia del Tribunal General, Sala Tercera, de 11 de mayo de 2010, asunto T-237/08, ap. 41).

4.16.- *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*

Esta máxima significa “en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno”. Procede de una *regula iuris* romana idéntica del jurista Gayo (libro tertio de legatis ad edictum urbicum) D. 50,17,56.

Recoge una idea general que se encuentra también en otros aforismos (*aequitas in dubiis praevallet* o *favorabilia amplianda sunt*, ...) y que se especializa en principios como *in dubio pro reo* del que a su vez derivan otros como *in dubio pro operario*, que presentan un marco de aplicación propio.

El Auto del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 11 de febrero de 2004 (asunto C-180/03 P), apartados 36-37, califica a esta regla de “principio” y rechaza la interpretación extensiva del mismo en un doble sentido: 1º.- la norma prevalece sobre el principio en supuestos de colisión entre ellos (como era el caso); 2º.- la duda aludida en el principio no puede proceder de una falta de actividad probatoria de quien lo invoca.

4.17.- *Summum ius summa iniuria*

Esta máxima significa “excesivo derecho, excesiva injusticia”. Procede de un proverbio romano, con la misma formulación literal, expuesto por Cicerón, De officiis 1,33,3.

Obsérvese como el aforismo *summum ius summa iniuria*, a diferencia del resto de las reglas aquí mencionadas, no se encuentra en una fuente jurídica sino sólo en una literaria porque en realidad, como dice el propio Cicerón, es un simple proverbio¹²². En consecuencia no se trata de una *regula iuris* propiamente dicha. Pues bien, ese mismo carácter proverbial o sapiencial lo mantiene la jurisprudencia comunitaria actual pues en ella aparece no tanto como un precepto sino como un criterio sabio y venerable, dotado de la flexibilidad suficiente para identificar y calificar con facilidad posibles supuestos de iniquidad, casi siempre surgidos al amparo aparente del derecho.

¹²¹ Reglamento (CE) No 874/2004 de la Comisión de 28 de abril de 2004 por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel «.eu», así como los principios en materia de registro. Su considerando undécimo dice: “El principio de «al primero que llega es al primero que se atiende» debe regir la solución de controversias entre titulares de derechos anteriores durante el registro escalonado. Una vez finalizado el registro escalonado, debe aplicarse el principio anteriormente mencionado para la asignación de nombres de dominio”.

¹²² Cic. De officiis 1,33,3: *Ex quo illud «summum ius summa iniuria» factum est iam tritum sermone proverbium.*

En las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 7 de mayo de 2009 (asunto C-227/08), ap. 6, se invoca este adagio para ilustrar como un exceso en la protección del consumidor puede llegar a perjudicarlo pues, en ocasiones, como sucede en aquel caso, ese exagerado amparo legal implica la consecuencia jurídica de una resolución contractual no sólo no deseada sino con daño objetivo para el consumidor (concluye: “Por lo tanto, puede que al tratar de proteger excesivamente al consumidor se le provoque un daño, como ilustra perfectamente el adagio latino *summum ius summa iniuria*”).

Una forma de evitar esas situaciones de *summum ius summa iniuria* es otorgar de forma equilibrada una protección legal similar tanto al consumidor como al vendedor cuando ello es posible, como han puesto de manifiesto las Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK, presentadas el 17 de julio de 2008 (asunto C-205/07).

Una valoración acertada del aforismo y de la dificultad representada por las situaciones descritas por él, se contiene en las Conclusiones del Abogado General MAZÁK presentadas el 23 de septiembre de 2008 (asunto C-388/07), ap. 70 y nt. 23. En el fondo el Abogado General describe la colisión entre dos opciones susceptibles de calificarse, si se me permite la simplificación, de ley *larga* o ley *corta*, dependiendo del margen concedido a la iniciativa de los particulares: la primera puede comprometer la seguridad jurídica mientras la segunda puede producir injusticias inaceptables. Esta segunda es el escenario frecuente del *summum ius summa iniuria*.

4.18.- *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*

Esta máxima significa “si la ley no diferencia tampoco debemos hacerlo nosotros”. Procede de los comentarios del glosador Azón¹²³ a trece textos del Digesto con una formulación prácticamente idéntica: *lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En las Conclusiones del Abogado General Sr. CRUZ VILLALÓN de 29 de abril de 2014 (asunto C-399/12), ap. 66, se establece el criterio interesante y lógico, reducido a los supuestos de falta de regulación, de excluir la aplicación de la regla *lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En tales supuestos “no cabe deducir sin más, como propone en definitiva el Consejo <de Europa>, que allí donde la ley no distinga el que aplique la ley tampoco podrá distinguir” (en nota 60 proporciona incluso la fuente de la glosa de donde procede el texto latino de la regla: “Glosse Pretium zu Dig. 6.2.8”¹²⁴).

En cambio, en casos de materias reguladas, la doctrina del tribunal es, con carácter general, proclive a una aplicación relativamente amplia del principio *lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y así se hace en dos escritos de Conclusiones, ambos de la misma Abogado General TRSTENJAK presentados el 28 de septiembre de 2010 (asunto C-241/09), ap. 79, y las de 14 de mayo de 2009 (asunto C-199/08), p.49.

¹²³ Azón, *Brocardica, De legum et iuris statutis, rubr. XVIII*, f. 216 *i.f.*

¹²⁴ La cita está tomada probablemente de Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, p. 212, n° 14, donde efectivamente afirma “Glossen Pretium g. A. zu Dig. 6, 2, 8; u. Differentiam zu CI. 4,39,9 g.E.”, cita luego repetida en muchos otros lugares, vid. por todos Assenmacher, G., *Die Wehrpflichtbefreiung der Geistlichen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1987, p. 68, nt. 42. Domingo Oslé, R., (Dir), *Principios de derecho global*, pr. 902, también menciona ese mismo texto del Digesto (6,2,8) como fuente de otro comentario de la regla *si lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: “Godofredo, Lectura super Digesto Veteri fol. 246, ad D. 6.2.8, núm. 1”.

4.19.- Venire contra factum proprium

Esta máxima significa “ir contra los propios actos <no está permitido>”. Recoge un principio del derecho romano en la formulación dada por el glosador Azón¹²⁵ en sus Brocardica: *venire contra proprium factum nulli conceditur* (“nadie está autorizado a ir contra los propios actos”). Esta regla la pronuncia Azón en comentario, entre otros, a dos textos del Digesto¹²⁶. El primero del jurista Ulpiano (libro quinto opinionum) de igual sentido: D. 1,7,25 pr, *adversus factum suum ... movere controversiam prohibetur* (“se prohíbe promover controversia contra el propio hecho”) y el segundo de Celso (libro vicensimo septimo digestorum) D. 8,3,11.

Consta la vinculación de los tres textos (el de Azón y los de Ulpiano y Celso) por dos razones:

1º.- Azón justifica este principio en una primera relación de dieciséis fuentes en la que sólo figuran dos textos de Digesto:

a) *ff. de adopt. l. post mortem*, forma utilizada por los primeros glosadores para referenciar D. 1,7,25 pr.¹²⁷ y

b) *ff. de ser. rust. praed. l. Per fundum*, esto es, D. 8,3,11¹²⁸;

2º.- aunque el primer motivo hace innecesario ningún otro razonamiento, Azón¹²⁹, tras la *Adiectio*, expone como primera frase de la *Causa* del brocardo lo siguiente: *in primo casu non licet alicui venire contra factum suum*, utilizando los términos de D. 1,7,25 pr., esto es, *factum suum* en lugar del *factum proprium*.

Una *regula iuris* informada en la misma idea se debe a Papiniano (libro tertio quaestionum) D. 50,17,75: *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam* (“Nadie puede cambiar su propia actuación en perjuicio de otro”).

El TJUE ha aplicado el principio en medio centenar de ocasiones. Desde el derecho romano hasta hoy, este principio enmarca la disciplina de los actos propios y la aceptación de las consecuencias vinculantes que se desprenden de ellos. Supone la conexión directa del autor a los resultados de un acto con prohibición de adoptar después un comportamiento incompatible con el mismo. La regla está ligada al principio de buena fe y ambos protegen la exigencia de un deber de comportamiento coherente con lo ya realizado a fin de dar protección a la razonable confianza depositada en el comportamiento ajeno. Además de la forma latina, *venire contra factum proprium*, es conocido en el derecho anglosajón como «estoppel» o en el alemán como «*verwirkung*»¹³⁰.

La Sentencia del Tribunal de la Función Pública, Sala Segunda, de 16 de mayo de 2013 (asunto F-104/10), ap. 56, entiende, que cuando la administración considera a un particular como interlocutor válido en el procedimiento administrativo previo, tal hecho

¹²⁵ Azón, *Brocardica, De aequalitate factorum, rubr. X, f. 121.*

¹²⁶ Cerami, "D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo venire contra factum proprium", p. 855, contiene un estudio completo tanto de este aforismo y de su evolución como de los dos textos de Digesto, con notabilísimas sugerencias para la teoría general de los actos propios.

¹²⁷ Reinoso Barbero, *Modus allegandi textus*, p. 337, col. 1 (*post <mortem filiae>*).

¹²⁸ Reinoso Barbero, *Modus allegandi textus*, p. 327, col. 1 (*per fundum*).

¹²⁹ Azón, *Brocardica*, op. cit., *De aequalitate factorum, rubr. X, f. 123.*

¹³⁰ Gallo, P., "Il principio della prescrizione: dal diritto romano ai testi di soft law", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Principios generales del derecho*, p. 756.

la obliga a respetar sus propios actos impidiéndole impugnar luego el interés de ese particular en el proceso so pena de infringir la regla *nemo potest venire contra factum proprium*.

En caso de actitud contradictoria del titular de un derecho, en aplicación de este principio, debe prohibirse al mismo el ejercicio de su derecho frente al obligado (Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK presentadas el 3 de febrero de 2011, asunto C-482/09, ap. 60).

En ocasiones la aplicación del principio, a pesar de su aparente sencillez, puede llegar a ser compleja en el ámbito de los organismos de la Administración pues su aplicación viene modulada por los sistemas reglados de recursos. Así se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 24 de marzo de 2011 (asunto C-552/09 P), apartados 19 y 23, conforme a la cual en los recursos administrativos los órganos superiores no quedan vinculados por las resoluciones de los inferiores y no le son de aplicación, a esos efectos, los principios *nemo potest venire contra factum proprium*, ni de protección de los derechos adquiridos, ni de seguridad jurídica ni de protección de la confianza legítima.

V.- Por último

La persistencia¹³¹ –no supervivencia– e incluso actualidad de las *regulae iuris*, muchos siglos después de ser formuladas, quizás se deba, al fin y a la postre, a dos razones: a) los problemas jurídicos del hombre, básicamente, no han cambiado tanto; b) tampoco ha cambiado el ideal de equidad encerrado en esas reglas y perseguido por el derecho romano (*ius est ars boni et aequi*)

Las *regulae iuris* constituyen un enorme puente en el tiempo; difuminan las diferencias entre lo viejo y lo nuevo. Y también son un puente en el espacio, entre los distintos ordenamientos de los Estados que las comparten y la propia UE.

No se equivoca Goethe, a propósito de sus lecturas de Guizot, en su celeberrimo pronóstico sobre el derecho romano: “Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht, und immer einmal wieder lebendig hervortritt”.

Apéndice bibliográfico

Berman, H.J., & Reid Jr., C., "Roman Law in Europe and the Jus Commune: A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n.º 20, 1994 (= "Römisches Recht in Europa und das ius commune - Ein historischer Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Neuen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts", en *ZEuP*, 1995, n.º 3), pp. 1 ss.

Betancourt-Serna, F., "De regulis iuris en el *ius commune* y en el *ius patrium* español y colombiano", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 185 ss.

Burillo, J., "La persistencia histórica del derecho romano", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XXVI, núms. 1-4, pp. 5 ss.

Calasso, F., *Medio Evo del Diritto I. Le Fonti*, Giuffrè, Milán, 1954.

¹³¹ Burillo, J., "La persistencia histórica del derecho romano", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XXVI, núms. 1-4, pp. 5 ss.

- Carpintero, F., "Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992, pp. 351-394.
- De Castro, C., "Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos", en F. Reinoso Barbero (ed.), *Los principios generales del derecho: origen histórico y horizonte actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 1066 ss.
- Design, A., *De iuris naturae larva detracta*, Joannis Urbani Gastl, Munich, 1753.
- Domingo Oslé, R., (Dir.), *Principios de derecho global. 1000 reglas, principios y aforismos comentados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- Festi, F., *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Giuffrè, Milán, 2007.
- Haferkamp, H.P., *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Böhlau, Colonia-Weimar-Viena, 2007
- Hernando Aguayo, I., "La pervivencia de las *regulae iuris* en el cómputo del plazo para la prescripción de las acciones", en F. Reinoso Barbero y A. Martín Minguijón (eds.), *Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea*, Editorial UNED, Madrid, 2013, pp. 63-94.
- Kaiser, W., "*Ius commune*. Rechtstradition der Europäischen Länder. Rechtsquellen", *ZSS* n.º 131, 2014, pp. 609 ss.
- Kaser, M., & Hackl, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, C.H. Beck, Munich, 1996.
- Knütel, R., "*Ius Commune* und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union", *Juristische Schulung*, n.º 36/9, 1996, pp. 768 ss. (traducción china en *CASS Journal Foreign Law*, n.º 9, Beijing, 1998, pp. 40 ss.; otra italiana en *Festschrift Gallo*, 3, 1997, pp. 521 ss.; y una española de Pereira Menaut, G., "Ius Commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión Europea", *Topica: Principios de derecho y máximas jurídicas latinas*, Arcana-Veri, Santiago de Compostela, 2001, pp. 15 ss.).
- Knütel, R., "Unidad jurídica y derecho romano", en Teresa Peralta Escuer (ed.), *Derecho y argumentación histórica*, Universidad, Lérida, 1999, pp. 105-124.
- Lange, H., & Kriechbaum, M., *Römisches Recht im Mittelalter: II. Die Kommentatoren*, C.H. Beck, Munich, 2007.
- Lange, H., *Römisches Recht im Mittelalter: die Glossatoren I*, C.H. Beck, Munich, 1997.
- Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, C.H. Beck, Munich, 1986.
- Masferrer, A., & Obarrio Moreno, J.A., *Curso de ius commune: la recepción en la tradición jurídica valenciana*, Dykinson, Madrid, 2012.
- Masson A., & Duparc-Portier, P., "Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 43.4, 2007, pp. 609 - 633.
- Mentxaca, R., "Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, pp. 531 ss.
- Obarrio Moreno, J.A.:
- "El *ius commune* y sus vías de recepción en España (Primera parte)", *Revista jurídica del notariado*, n.º 85, 2013, págs. 267-324
 - "El *ius commune* y sus vías de recepción en España (Segunda parte)", *Revista jurídica del notariado*, n.º 88-89, 2014, pp. 29-103
 - "El *ius commune* y sus vías de recepción", *Revista General de Derecho Romano*, n.º 20, 2013
 - "*Ius proprium-ius commune*: La sentencia en el ordenamiento foral valenciano", *AHDE*, n.º 71, 2001, pp. 501-574
 - "La recepción del *ius commune* en los furs de Valencia: El proceso penal", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, n.º 9, 1994, pp. 39-114
 - "La recepción del *ius commune* en Los Furs de Valencia: El procedimiento por contumacia o "per bandiment""", en A. Murillo Villar (ed.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*, Vol. 2, ed. Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pp. 69-88.
 - "La rúbrica *De decreto ad alineanda Universitatis bona* en la tradición jurídica tardo-medieval", *RGDR*, 24 (2015) pp. 1-50.
 - "La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval", *RGDR*, 26 (2016), pp. 1-40.

- (y Piquer Marí), J. M., *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Madrid, 2015, pp. 350.

Reinoso Barbero, F.:

- "Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht", *ZSS*, n.º 127, 2010, pp. 345-363.
- "Excepciones al criterio competencial 'actor rei forum sequitur'", *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, Tomo 1º, pp. 532-546.
- "Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad", *RD UNED*, n.º 4, 2009, pp. 319-342.
- "Interpretazione delle citazioni del Digesto negli scritti medievali e rinascimentali", *SDHI*, n.º 79, 2013, pp. 687-725.
- *Modus allegandi textus qui in Pandectis continentur. Elenchus omnium capitum et paragraphorum*, Dykinson, Madrid, 2013.

Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Torino, 1999 (existe una reimpression de 2011).

Stein, P., *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, the University Press, Edimburgo, 1966.

Vico, G., *De universi iuris uno principio et fine uno*, Mosca, Napoli, 1720.

Wallinga, T., "The common history of european legal scholarship", *Erasmus Law Review*, n.º 4.1, 2011, pp. 6 ss.

Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Buddeus, Düsseldorf, 1875.

Zimmerman, R., "The civil law in European codes", en H.L. MacQueen, A. Vaquer, S. Espiau (eds.) *Regional Private Laws and Codification in Europe*, the University Press, Cambridge, 2003, pp. 18-59.