



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

Juan Manuel Blanch Nougués

Catedrático de Derecho Romano

Universidad San Pablo-CEU (Madrid)

Ordenación sistemática del Derecho financiero y tributario actual y Derecho fiscal romano

1. Introducción

En el marco de las interesantes Jornadas sobre «Derecho Administrativo histórico», magníficamente organizadas por la Escola Galega de Administración y desarrolladas bajo la dirección del profesor Dr. D. Antonio Fernández de Buján durante los días 16 y 17 de junio de 2005, nos hemos propuesto tratar una cuestión que creemos novedosa y de interés para el derecho actual: la de la adscripción sistemática del Derecho financiero y tributario moderno en el ordenamiento jurídico, haciendo uso de las claves que proporciona el Derecho romano en esta materia. Albergamos el deseo y la convicción de los valiosos puentes de diálogo que pueden tenderse entre nosotros, especialistas de Derecho romano, y los estudiosos del derecho público moderno, conscientes de que de las mutuas aportaciones saldrá beneficiada sin duda la ciencia jurídica. En este sentido, la oportunidad que se nos ofrece aquí para la consecución de este cometido es insólita. No es usual, en efecto, que los romanistas suban

a la palestra del derecho actual –y mucho menos del derecho público– para debatir aspectos del derecho moderno desde el Derecho romano. ¿Es posible llevar a cabo semejante tarea sin incurrir en anacronismos o falsas interpretaciones? ¿Es estimable el esfuerzo? Creemos que sí en la medida en que las leyes modernas (también las relativas al Derecho financiero y tributario) son en parte la imagen de una larga historia de reflexión jurídica en torno a problemas específicos ya identificados en el Derecho romano. Esto, no obstante, exige una pausada demostración, que sólo en una cierta medida podremos realizar en este trabajo.

Ciertamente se ha discutido mucho por parte de la doctrina moderna en torno a la cuestión de las claves dogmáticas que permitan explicar la naturaleza de la citada rama del derecho, pero estimamos que no ha sido desvelada aún toda su profundidad. Así, el debate sobre su naturaleza pública, privada o mixta, decantado a favor de la primera hipótesis, posee indiscutibles soportes en el Derecho romano por el valor de ejemplaridad que este derecho siempre ha poseído para la posteridad. Más en concreto, una de las bases para el análisis nos la proporciona el tratamiento por parte de la jurisprudencia romana del llamado '*ius fisci*' (derecho del fisco), aglutinante de problemas jurídicos que no pueden dejar de fascinar al jurista del derecho moderno.

2. Premisas de trabajo: derecho público-derecho privado

Pero sentemos de inicio algunas premisas:

El estudio de un Derecho fiscal, o en un sentido más amplio, de la materia correspondiente al Derecho financiero y tributario en Roma debe comenzar por su identificación. ¿Existió tal Derecho? El estudio de aspectos relacionados ha sido objeto durante los siglos XIX y XX de un creciente interés. Naturalmente, la experiencia histórica de cualquier civilización, en especial de la romana, rica e influyente, ha resultado siempre atractiva a todo estudioso de la his-

toria, deseoso de extraer consecuencias para el mundo moderno. El romanista, además, posee la ventaja de haberse detenido en uno de los aspectos de la cultura romana más relevantes y desde luego más originales: el jurídico. Pero el valor moderno, contemplado desde la perspectiva del derecho actual, que han merecido los trabajos romanísticos se ha cifrado a menudo en términos de estricta utilidad, lo cual no es del todo justo. Aquí el derecho privado no ha tenido rival. El peso de la elaboración romana (sobre todo de la jurisprudencia) en este campo aún hoy sigue siendo imponente.

No sucede lo mismo con el derecho público que, debido a su carácter más contingente, se ha prestado menos a su 'Isolierung', es decir, a su aislamiento de circunstancias condicionantes, de manera que la extracción de dogmas, principios y soluciones jurídicas con pretensiones de validez universal y atemporal no ha sido posible, al menos en la medida del derecho privado. No es ése el objetivo de este trabajo pero creemos, con todo, que la combinación del sentido histórico y jurídico, a cuyo cultivo se dedica el romanista, ha dado y seguirá dando en el ámbito «*iuspublicista*» valiosos frutos. Para que esto suceda, una y otra faceta son indispensables: el sentido histórico-crítico, por un lado, facilitando la liberación mental de prejuicios formados en épocas diversas pero que resultan anacrónicos y, por su efecto contaminante, perniciosos para el resultado del trabajo emprendido; por otro, la visión dogmática, ayudando al investigador a iluminar el aspecto que le interesa destacándolo de los demás. Gracias a ella las fuentes objeto de estudio son «exprimidas», por así decir, hasta agotar todas sus posibilidades jurídicas, que se multiplican por cierto cuando las dos perspectivas se interrelacionan.

La doctrina romanista del siglo XX se ha mostrado en general reacia a abordar dogmáticamente el Derecho público. Resuenan aún en tono admonitorio las palabras iniciales de Rotondi¹, que transcri-

¹ G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912 (ed. anast. Olms, Hildesheim, Zürich, New York, 1990).

bimos literalmente, de una de sus más conocidas obras: «El derecho público romano es quizás el campo en el que mejor se revela la imposibilidad de aplicar criterios modernos al estudio de fenómenos pertenecientes a épocas pasadas. Es siempre difícil en los estudios históricos y jurídicos despojarse de los hábitos mentales propios de nuestro tiempo y remontarse al ambiente en el que se desarrollaron los hechos que deben ser estudiados; pero si en las investigaciones de derecho privado romano esta dificultad es menos sentida, ello es tan sólo porque aquí se trata, más que en ningún otro sitio, de la aplicación de criterios jurídicos y nuestra lógica jurídica moderna, por una larga tradición, es aún romana en todo momento; pero si, como es la orientación actual de la mejor doctrina, también aquellos fenómenos se consideran desde el punto de vista de la evolución histórica, quien no se preocupa de formarse una idea del ambiente en el que aquellas instituciones surgieron, se desarrollaron y se transformaron, y se contenta con juzgarlas con criterios modernos o, peor, con criterios apriorísticos de lógica abstracta, difícilmente se salva de caer en peligrosos equívocos. Esto es más verdad que en ningún otro campo en el del derecho público romano. No sólo está, incluso más que el derecho privado, en íntima conexión con las vicisitudes exteriores de la historia, sino –lo que es más importante– nuestros actuales criterios jurídicos resultan completamente inadecuados con respecto a él».

Hasta aquí podemos estar más o menos de acuerdo con el romanista italiano, matizando mucho su opinión. No así en lo que sigue: «No tan sólo las concretas instituciones del derecho público de los Estados modernos, fruto de elementos dispares y prevalentemente germánicos, tienen muy poco que ver con las instituciones romanas que podrían parecer correspondientes, sino que las bases mismas fundamentales son esencialmente diversas».

Para entender sus palabras, habida cuenta de lo que pretendía tratar (las leyes públicas), él mismo las refiere a una materia concreta: los fundamentos del Estado moderno. Así cita él a continua-

ción la teoría de la soberanía y la de la división de poderes. Pero, como él mismo reconoce, no se trata en el fondo de doctrinas completamente nuevas, surgidas de la nada. Respecto de la última, es preciso retroceder a Montesquieu, y aún más lejos hasta Aristóteles (*Política* 6, 11). En Roma, Cicerón parece incluso apuntarla: Cic. *de leg.* 1.16.43: «*Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur...*», donde se alude separadamente –aunque sin exacta correspondencia con la teoría propuesta– a las leyes (*populorum iussa*), a las decisiones de los príncipes o gobernantes (*principum decreta*) y a las sentencias judiciales (*sententiae iudicum*).

A nuestro juicio, además, Rotondi ha incurrido en una generalización excesiva. Confróntese con la prudente opinión de Orestano, nada sospechosa de incurrir en rigideces dogmáticas o de tolerar la introducción de anacronismos históricos en el estudio de las fuentes: «...no pretendemos negar que muchos conceptos fundamentales del derecho público medieval y moderno traen origen o despuntan a partir de formas institucionales y principios de la experiencia romana y, más en general, de lo que usualmente se ha llamado «el pensamiento clásico» (griego y romano)»². En el propio ámbito del derecho constitucional no pasa hoy desapercibida la distinción ulpiana, excepcional por su naturaleza, entre el derecho público y el derecho privado, en la que se define el derecho público como *quod ad statum rei romanae spectat*, expresión no fácil de traducir³ pero que tomaría como objeto la entera organización constitucional y administrativa del pueblo romano, o de otro modo, todo lo que configura su existencia o «Dasein», o su posición (*status*).

² R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, 186.

³ V. sobre la diversidad de traducciones MÜLLEJANS, *Publicus und Privatus im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht (Untere besondere Berücksichtigung der Unterscheidung ius publicum und ius privatum)*, en *Münchener Theologische Studien, III Kanonistische Abteilung, 14 Band*, München, 1961, 18 nta. 10.

Merece asimismo ser recordada la inspiración secular que despierta en analistas y estadistas políticos de todas las épocas personajes de la cultura romana: por ejemplo, la expresamente manifestada por autores y hombres de la política como Maquiavelo, Bossuet, o Montesquieu hacia Tito Livio y su representación clásica del ideal de la *virtus*. Así del primero –crítico respecto de la moralidad política liviana–, se constata fehacientemente en sus célebres *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531) y del segundo, su *Discours sur l'Histoire universelle* (1681); de Montesquieu, sus *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* (1743). O en Luis XIV, Federico el Grande, para quien Livio constituye «die Quintaessenz von allem, was der menschliche Geist an philosophischen Gedanken über die römische Politik hervorbringen kann»⁴. O qué decir del sentimiento de libertad o del culto a Brutus⁵ que inflama los ánimos de los revolucionarios franceses.

O cómo no ver el efecto que la idea del control del poder, en torno a la cual las instituciones republicanas se van configurando frente a toda versión tiránica del poder, ha causado y causa en los hombres de cualquier época que se confiesan amantes de la libertad. ¿Cómo no mostrarla –ciertamente sin incurrir en cándidos idealismos– a las futuras generaciones de juristas, por creerla erróneamente sumida en la historia de la Roma antigua sin que su interés tenga más valor que el de un coleccionista de antigüedades? Basta, como decimos, con contemplar los símbolos e ideales de los revolucionarios franceses para advertir el fortísimo nexo cultural que unía a estos hombres. Grecia y Roma están en la conciencia de la historia y su civilización es explotada como si de una cantera se tratara de cuyos filones se extrae continuamente material destinado a su inmediato uso. No es que pretendamos nosotros esto. Tan sólo decimos

⁴ CHRIST, *Römische Geschichte, Einführung, Quellenkunde, Bibliographie*, Darmstadt, 1980, 30-31.

⁵ V. nota anterior.

que la desconexión de la historia constitucional y administrativa romana con el mundo presente constituye una actitud pseudopurista que, radicalizada, conduce también –y paradójicamente– a planteamientos erróneos⁶.

Hoy se descubren como valiosas diferentes ramas del derecho público romano que estaban condenadas al baúl de las *antiquitates*: el derecho penal romano, con todas sus limitaciones y defectos de base en comparación con el derecho privado, puede verse como el origen de las doctrinas que inspiraron a los autores del derecho común que comenzaron a tratar la materia (Gandino o Farinaccio destacan sobre todos a pesar de ser relativamente poco conocidos entre los juristas modernos). Otra circunstancia que frecuentemente se olvida es la de la vigencia en Alemania –el país que por excelencia ha cultivado esta disciplina– del Derecho romano *in complexu*, incluyendo por tanto la materia tratada en los *libri terribiles* y el emblemático título 2º del libro 9º (*de lege Aquilia*) del Digesto de Justiniano. El derecho administrativo (en sentido amplio) romano es asimismo valorado por los propios cultivadores del derecho administrativo moderno como fuente cierta de cuestiones modernas.

Entiéndase bien: no estamos hablando de una vuelta a actitudes pandectistas ajenas a todo intento de penetración de la realidad histórica e imbuidas tan sólo del más ramplón de los utilitarismos. La investigación queda de lejos fuera de su alcance y, al final, reducida a una mera confrontación de órdenes normativos, acaba por no interesar a nadie, exceptuando el supuesto de invención de una «nueva» teoría o construcción jurídica a partir del material recogido⁷.

En definitiva, lo que hace o puede hacer hoy interesante el estudio que emprenda un romanista es, aparte del valor que siempre se

⁶ Esta es la perspectiva abordada por A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN en su *Manual de Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, Madrid, 1998.

⁷ Lo ha expresado muy bien LAURIA en las primeras páginas de su no suficientemente elogiada obra, *Ius visione romane y moderne*, Napoli, 1956.

reconoce a la historia, la reconstrucción del fenómeno jurídico, que participa de esa naturaleza precisamente, en la medida en que el derecho no puede cabalmente ser comprendido sino a través de su proceso histórico. Nadie podrá negar que en ese desarrollo el Derecho romano ha cumplido un papel fundamental, bien directamente integrando la base informadora de las legislaciones modernas, bien indirectamente sirviendo de fuente prolífica de inspiración a generaciones de juristas a través de los siglos.

En el ámbito del derecho público se estudia una figura que, sin embargo, se halla en una posición ambigua con respecto a él. La cuestión merece un tratamiento de mucha más profundidad que el que pueda desarrollarse en este trabajo porque son diversas y de gran complejidad las cuestiones que plantea y las perspectivas desde las que hay que abordarlas. Por lo demás, de algunas de ellas como la relativa a la naturaleza del fisco y su relación con las demás cajas y patrimonios, el estudio de los ingresos de cada uno de ellos, ... todavía la doctrina no ha alcanzado una solución definitiva. Aunque tenga evidente relación, el problema del que partimos se refiere a la naturaleza, no del ente designado como «fisco», sino de su derecho en cuanto a su adscripción al derecho público o privado. A través del estudio que presentamos nos proponemos delinear algunas de las directrices básicas del planteamiento de partida mediante las cuales divisamos al menos las posibles soluciones que un estudio más profundo pueden confirmar. El enfoque correcto de esta materia no es fácil porque, como ya hemos advertido, existe un alto riesgo de incurrir en anacronismos, unas veces motivados por el uso inconsciente de una dogmática moderna no depurada y otros, por la no percepción de su dinamismo y singularidad en el seno del propio Derecho romano.

Un ejemplo de cómo se ha avanzado en este siglo en relación con la actitud del romanista moderno frente a las fuentes de conocimiento del Derecho romano y muy especialmente, con las llamadas jurídicas es, sin duda, el de la atención prestada a uno de los

fragmentos jurisprudenciales más citados tanto por los iusprivatistas como por los iuspublicistas modernos. Nos referimos a D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*):

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

(Dos son los temas de este estudio: el público y privado. Es derecho público el que respecta a la posición de la cosa pública romana; privado el que respecta a la utilidad de los particulares: pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en las cosas sacras, los sacerdotes y los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes, civiles).

Lejos nos parece que queda la despiadada crítica interpolacionista que no dejaba prácticamente resquicio alguno a la autoría del jurista severiano. Pero aún sigue siendo mal comprendida entre los no romanistas que a menudo acostumbran abrir sus obras con críticas, a nuestro juicio injustificadas, a la distinción ulpiana. No entraremos aquí en un análisis detallado de este fragmento. Bástenos señalar algunas de las conclusiones a que ha llegado la doctrina moderna⁸.

En principio, el texto tanto por su colocación como por su planteamiento es privilegiado: por lo primero porque se halla justo al comienzo de la obra más representativa de la compilación justiniana: el Digesto de Justiniano (situado deliberadamente, además, en el expresivo y sugerente título '*De iustitia et iure*', cuya *vis* atractiva

⁸ V. por todos, KASER, '*Ius publicum*' und '*Ius privatum*', SZ. 103, 1986, 1 ss, que sigue la línea trazada por HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, SZ. 95, 1978, 93 ss.

ha estimulado el ingenio de juristas y no juristas). Su lectura, por fuerza, ha tenido que ser a lo largo de la historia comparativamente más frecuente y por lo tanto su popularidad mayor que la de otros textos situados en lugares más remotos.

En segundo lugar, el mensaje —dejando a un lado el aspecto que da de él la sinuosa redacción— que contiene el fragmento de Ulpiano a propósito de la distinción entre derecho público y derecho privado es excepcional por cuanto no atiende al más usual criterio que se conforma al tipo o naturaleza de la fuente que crea el derecho sino a la materia u objeto en que éste consiste. Pero es un error magnificar los resultados que un texto, encuadrado en un tipo de obra determinado, de una reducida extensión, es decir, de unas pocas líneas, aporta a la solución de una cuestión dogmática tan primaria, y por tanto tan difícil, como la propuesta. Se olvida a menudo, así, que el fragmento pertenece a una obra catalogada como de enseñanza (*Institutiones*) y que la intención didáctica de Ulpiano se orientaba ante todo a la explicación del derecho privado, núcleo fundamental del *ius* romano. De ahí la rapidez con que despacha lo relativo al derecho público y de ahí también la impresión de insuficiencia que nos producen los ejemplos que de él ofrece.

A juicio de un amplio sector doctrinal, el texto de Ulpiano no opera una división (*divisio*) de materias, unas asignadas al derecho público y otras al derecho privado. Sea como fuere, el jurista romano hace expreso hincapié en la necesidad de relativizar la cuestión, como lo demuestra el empleo de términos como *positiones* que alude claramente a «perspectivas» o a «temas» (más que a divisiones) y *spectare*, (que evoca la actividad dinámica de la contemplación del objeto desde ángulos diversos). Asimismo, no se puede decir que Ulpiano ofrezca definiciones, como tampoco radicales separaciones de contenido. La impresión inicial que produce la lectura del fragmento es engañosa en este sentido pues, en efecto, parece abrirse con una verdadera definición del *ius publicum* (*quod ad statum rei romanae spectat*) que luego no se corresponde con la que cabría

esperar respecto del *ius privatum* (para el que reserva el criterio de la función o utilidad para poder en su caso adscribir la materia analizada a esta segunda esfera jurídica).

El desarrollo ilógico del fragmento se completa en tercer lugar con la exposición de ejemplos concretos que parecen encarnar en el pensamiento de Ulpiano el núcleo básico y más representativo de uno y otro derecho. Sin embargo, la doctrina ha denunciado con razón lo contrario con respecto a los objetos designados como relevantes en el campo del derecho público (*magistratus, sacra, sacerdotes*), a pesar del esfuerzo de algunos autores por encontrar una explicación satisfactoria advirtiendo entre otras cosas el influjo de la doctrina de Cicerón —de la que procederían los ejemplos que bien podrían ambientarse en la época republicana— en el pensamiento de Ulpiano. Esto último no es descartable puesto que el entero fragmento ya desde el inicio desarrolla ideas de las que podría haberse nutrido a través de su propia formación culta griega.

Una incongruencia más reserva el fragmento al final para sorpresa del lector, ya que al contrario que en el caso precedente, Ulpiano realiza respecto del derecho privado, no una dispersa ejemplificación, sino una verdadera división de materias entre el *ius civile*, el *ius gentium* y el *ius naturale*.

Dos enseñanzas fundamentales a nuestro juicio pueden obtenerse de este conocido fragmento: primera, que el criterio fundamental que debe guiar al intérprete para la correcta exégesis del texto es el de la *utilitas*, que permite atribuir un sentido u otro a la materia sin que puedan establecerse asignaciones en compartimentos estancos. Segunda, que la *utilitas publica* no se contrapone a la *privata*⁹. Ni siquiera es segura la interpolación del inciso «*quaedam publice utilia, quaedam privatim*» que muestra tan sólo que hay

⁹ Ya la Glosa de Accursio *ad* 'singulorum' agudamente: «*Scilicet principaliter, secundario ad publicam utilitatem expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur... sic et contra, quod est publicum principaliter, secundario pertinet ad utilitatem singulorum*».

materias en las que predomina el interés público y otras en las que predomina el interés privado. A diferencia de lo que una parte de la doctrina ha sostenido, la *utilitas publica* no constituye una expresión vacía (*Leerformel*) sino por el contrario de gran eficacia operativa en las materias más diversas. La estrecha relación que existe entre ella y el *ius publicum* ayuda a comprender el verdadero sentido y la lección impercedera del jurista de Tiro.

3. Posición del Derecho financiero y tributario.

El fisco romano

Dónde encuadrar el Derecho financiero, como rama de la ciencia jurídica que tiene a la Hacienda pública como objeto de estudio, ha sido cuestión no poco debatida doctrinalmente. Aunque hoy en día se adscribe generalmente al derecho público, no pasan desapercibidas sus frecuentes remisiones al derecho privado (previstas por ley incluso) y su dependencia con respecto a éste en algunos ámbitos jurídicos. Esto último se observa de forma muy evidente en el Derecho tributario (que es una parte del Derecho financiero), por ejemplo, con respecto a la categoría fundamental de la «obligación tributaria». La explicación a este fenómeno se encuentra históricamente en el proceso de génesis del derecho público que reacciona frente al derecho privado para atender a las nuevas y urgentes necesidades que plantea el sector público de la vida social, pero sin poder crear *ex novo* un derecho aparte sino «a partir» del derecho preexistente.

La experiencia romana –no hay que esperar al s. XIX– da testimonio de ese acontecimiento desde el momento en que la jurisprudencia del s. III d. C. sobre todo, aunque formada en el derecho privado, se ve compelida a tratar científicamente, es decir, utilizando principios, conceptos e instrumentos interpretativos propios de su bagaje intelectual, un nuevo derecho que va surgiendo en torno a la figura del fisco, conformado progresivamente gracias a las innumerables cuestiones de orden casuístico cuya necesaria respuesta fue

orientando la actividad de aquélla. Es natural que su labor sea menos perfecta que la secularmente ejercida en el terreno privatístico. Da la impresión incluso de que Ulpiano en el célebre fragmento que veíamos antes, al citar el derecho público de forma tan breve, expeditiva e incompleta, no deseara tratarlo, como si no se encontrara cómodo en el ámbito iuspublicístico. La autoridad del derecho privado, derivada de su estabilidad y previsibilidad, es tal que, no sólo en Roma, sino después de ella se perpetuará en la Europa continental como el derecho por excelencia, base del derecho común europeo y herramienta indispensable en la formación de los juristas de todos los tiempos. Incluso hoy no pueden decirse totalmente desaparecidos los prejuicios de «ajuricidad» con respecto al derecho público –injustificados naturalmente– por parte de quienes desconfían de su carácter voluble y político. Algo de esto latía probablemente en el pensamiento de Ulpiano¹⁰.

La misma figura del fisco se ha visto históricamente tratada de modo preferente desde la perspectiva del derecho privado. La cuestión de su personalidad jurídica ha suscitado la atención de los juristas de todas las épocas desde la Recepción del Derecho romano en la Edad Media (pero en términos no concluyentes e incluso irrelevantes); como igualmente discutida ha sido la relativa a su naturaleza jurídica, es decir, a su relación como patrimonio con el príncipe. A este respecto, es bien conocida la confrontación doctrinal entre Mommsen, que veía en él una *res privata* o propiedad privada del *princeps* y Hirschfeld. El propio origen del fisco es discutido (incluso se ha llegado a negar absolutamente su existencia identificando su alusión en las fuentes con las finanzas imperiales). Nace de la necesidad de dotar de ingresos a las arcas del príncipe para subvenir a los

¹⁰ En un sentido similar interpreta STEIN la actitud de ULPIANO como de desconfianza hacia el derecho público al servicio del poder (y sin control por parte de la jurisprudencia). STEIN, en *Collatio Iuris Romani. Etudes dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65 Anniversaire*, edd. Feenstra - Hartkamp - Spruit - Sijpesteijn - Winkel, J. C. Gieben, Amsterdam, 1995, II, 499-504.

gastos públicos que atender de modo ordinario (es decir, no a impulsos de las campañas bélicas). Que nazca con el Principado no significa que haya sido Augusto, el primer príncipe, quien le diera vida. Parece lo más probable que su surgimiento coincide con las reformas emprendidas por el emperador Claudio. En época de los Severos aparece ya delineada la figura con notable nitidez. Su capacidad recaudatoria aumenta de modo inversamente proporcional a la de la otra Caja, el *aerarium* o tesoro público confiado al Senado.

Estas brevísimas notas, aunque escasas, bastan por ahora para abordar la cuestión que nos proponemos.

4. Significado del '*ius fisci*'

La pregunta es, en concreto, ¿dónde ha de colocarse dogmáticamente el *ius fisci*? No es la primera vez que la doctrina se plantea esta cuestión¹¹ pero creemos que aparece condicionada por una previa a la que juzgamos necesario dar respuesta, a saber, si en la citada expresión el término primero del binomio (*ius*) está tomado en un sentido subjetivo o por el contrario objetivo.

En numerosos textos lo vemos empleado inequívocamente en el primero de ellos, al igual que cuando se habla de *res fisci* o *res fiscales* el *ius* (que es *res incorporalis*) se atribuye como facultad al fisco. Tenemos constancia de varios títulos de la compilación cuyas rúbricas lo nombran. Entre ellas, la del que hemos tomado como base para este estudio (D. 49.14); también la del Código de Justiniano (C.10.1)¹². La lectura de D. 49.14 no produce ciertamente la impresión de una materia ordenada sistemáticamente, aunque esto no sea algo exclusivo de este título ni en principio *a priori* deba imputarse

¹¹ P. CERAMI, «*Contrahere cum fisco*», *Annali Palermo*, 34, 1973, 277 ss; especialmente 377 ss. G. BOULVERT, *L'autonomie du droit fiscal: le cas des ventes*, en *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II, *Prinzipat*, 14, 1982, 816 ss.

¹² Pero ver también C. 10.3 (*de fide et iure hastae fiscalis et de adiectionibus*); CTh. 10.1 y PS. 5.12.

a la naturaleza del *ius fisci*, sino más bien se debe poner en relación con el método de confección del Digesto y con los fines que se propusieron los compiladores.

Eso sí, a diferencia de otras materias, el fisco aún desde el punto de vista de los ingresos y, por tanto, de los diferentes conceptos por los que tiene derecho a reclamar, objetos de muy diversa naturaleza: herencias, legados y fideicomisos, cuyos destinatarios son considerados incapaces o indignos para adquirirlos o quedarse con ellos, tesoros, patrimonios determinados de condenados por crímenes graves etcétera. Evidentemente, esta circunstancia dificulta el tratamiento unitario del tema, unida al fuerte dinamismo que se le imprime durante todo el Imperio obligando al intérprete a adaptar su observación y juicio a las vicisitudes históricas. Esto, a la vez, impide la contemplación del derecho del fisco como un *quid* estático o anquilosado en algún momento. Además, sus interrelaciones tanto con el derecho público como con el derecho privado son frecuentes. Lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia romana dedica a la materia relativa obras pertenecientes a géneros literarios muy diversos y aparentemente extraños a ella. Que la jurisprudencia romana comenzara sólo en la etapa imperial a hablar de esta materia coincide lógicamente con la etapa de surgimiento del fisco, pero sobre todo con el fenómeno de burocratización de la cancillería imperial. La jurisprudencia, ya instalada en la administración, no puede mostrar indiferencia ante la magnitud en este fenómeno. Como tampoco puede hacer caso omiso de las modificaciones jurídicas múltiples que produce en cualquier controversia jurídica la intervención del fisco.

Únicamente de Paulo y de Calístrato (y de un jurista anónimo, probablemente Ulpiano) conocemos sendas obras que se rubrican precisamente del mismo modo que el título citado del Digesto (*'De iure fisci'*¹³). Un segundo grupo de obras lo componen aquellas que

¹³ O *'de iure fisci et populi'* como también aparece titulada la obra de Calístrato en la *inscriptio* de D. 48.20.1 del Digesto.

tienen una relación inmediata con la materia fiscal y tributaria y finalmente un tercer grupo se integra por las demás obras con mayor o menor conexión con el derecho fiscal. No queremos decir que el título de las obras en primer lugar citadas, aunque sea muy elocuente, signifique un automático cambio de sentido —de subjetivo a objetivo— del *ius*, pero sí parecen suponer una consagración definitiva de la materia con una cierta autonomía frente a otras como veremos. No es extraño que haya habido que esperar tanto a la vista de que —como venimos diciendo— la propia formación del *fiscus* se debe a un proceso largo cuyo desarrollo sólo alcanza una cierta estabilidad en la época de los Severos. Tampoco nos parece acertado decir que la materia o la normativa sea súbitamente nueva por cuanto en el siglo tercero d. C. el Principado, cuyas necesidades habían hecho surgir la figura del fisco, llevaba al menos dos siglos y medio de existencia.

Junto a esta perspectiva doctrinal y legislativa, abordaremos en nuestro trabajo la cuestión de la naturaleza del *if.* desde otra, de índole dinámica, o sea, la que ofrecen las fuentes a propósito de las causas procesales en que interviene el fisco. Como veremos esta segunda vía se revela muy útil y segura para abordar el problema.

5. 'Ius fiscale'

Junto al *if.* en las fuentes se constata la expresión *ius fiscale* (que parece aún más acercar el derecho del fisco a la acepción objetiva del término *ius*). *Fiscalis*, como sustantivo, sólo aparece a partir de la Edad Media. «Fiscalidad» con carácter peyorativo constituye un galicismo. Sin embargo, *fiscalis*, —e, como adjetivo, sí aparece en las fuentes romanas¹⁴. Por último, *fiscus* designa en la etapa postclásica del Derecho romano el conjunto de las finanzas imperiales (como

¹⁴ CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, *Annali Palermo*, 43, Palumbo, 1995, 395.

se puede ver a través de la rúbricas correspondientes a diversos títulos del Código Teodosiano y del Código de Justiniano).

La expresión *ius fiscale* aparece en los siguientes textos de la jurisprudencia romana : Pap. 17 *respon.* D. 2.14.42 (cfr. Ulp. 1 *opin.* D. 2.14.52.2); Paul. 2 *imp. sent. in cogn. prol.* D. 40.1.10. En el Código de Justiniano aparece en C. 3.1.13.1 del propio Justiniano.

D. 40.1.10:

Aelianus debitor fiscalis Eumeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Eumeriae status quaestionem faciebat. placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est, et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.

(Eliano, siendo deudor del fisco, había manumitido a su esclava Evemeria, que había comprado hacía muchos años con una cláusula que le obligaba a manumitirla. El Procurador del fisco, al descubrir que los bienes de aquel deudor no eran suficientes, planteó la cuestión acerca de la libertad de Evemeria. Se decidió que no tenía lugar el derecho del fisco a una hipoteca sobre todos los bienes de los deudores, pues aquella esclava se había comprado con la cláusula de obligación de manumitir por lo que, si no se la manumitía, conseguiría aquélla la libertad en virtud de la constitución de Marco «Aurelio y Vero», de consagrada memoria).

El texto de Paulo pertenece a una obra en la que se recogen casos tratados por el emperador y que, resumidos, pasaban a los archivos imperiales donde los juristas (al igual que sucedía con los rescriptos) los consultaban¹⁵. Del estudioso del derecho moderno y del lector en general solicitamos, ante textos como éste en el que vemos tratados casos de sujetos considerados objetos patrimoniales, que dejen a un lado su sensibilidad ante cuestiones humanas —que por otra parte

¹⁵ SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford², 1953, 154.

se advierte en la constitución de Marco Aurelio y Vero citada *in fine*-, para no perder de vista la *ratio iuris*, de indudable interés, que inspira el texto. En el caso propuesto, un deudor (al que se califica de «fiscal») cuyos bienes no son suficientes para satisfacer su deuda con el fisco se ve demandado por un Procurador, representante del fisco, respecto de la mujer Evemeria, de condición servil, que había sido comprada por él hacía muchos años con la cláusula impuesta por el vendedor que le exigía manumitirla, lo que había hecho. El caso se soluciona excluyendo la aplicación aquí del *ius fiscale* («*non esse iuri fiscale locum*») —expresión ambigua en cuanto su objetividad o subjetividad, pues *fiscale* es lo relativo al fisco—; aunque por el giro empleado parece referirse a una materia concreta que no tiene entrada en este caso. La razón de su exclusión es que el incumplimiento de la citada cláusula haría aplicable una constitución de Marco Aurelio y Vero (*divus Marcus*) —de inspiración humanitaria— con la que la mujer alcanzaría en cualquier caso la libertad¹⁶.

D. 2.14.42:

Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non adgnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret. talem conventionem quantum ad fisci rationem non esse servandam respondi: pactis etenim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit.

(Se había convenido entre un deudor y su acreedor que el acreedor no asumiese la carga del tributo del predio dado en prenda, sino que correspondiese al deudor el deber de pagarlo. Respondí que este pacto, en cuanto a la recaudación del fisco, no debe ser observado, pues no se admite que sea conculcada la regulación del derecho fiscal por los pactos de los particulares).

El texto de Papiniano pertenece al libro 17 de sus *responsa*. Es el único fragmento que se conserva de este libro, en torno al cual Le-

¹⁶ Se trata de la misma que citan las siguientes constituciones del Código de Justiniano: C. 4.5.72 y 3, ambas de Alejandro SEVERO.

nel en su Palingenesia¹⁷ muestra su incertidumbre acerca de a qué materia referirlo. A juicio de este autor es en el libro 19 donde se trata esta cuestión¹⁸. Sin embargo la relación con esa materia es evidente. En el Digesto de Justiniano aparece bajo la rúbrica «*De pactis*» (D. 2.14). En él se discute la validez del pacto entre deudor y acreedor pignoraticio por el que se acuerda que la obligación (*solvendi necessitas*) de pagar la deuda tributaria (*onus tributi* o carga del tributo) del predio dado en prenda corresponde al deudor y no al acreedor (que es el poseedor de la finca). Tal pacto, realizado entre particulares, colisionaría con la «*forma iuris fiscalis*». A diferencia del caso anterior, aquí la adición de «*forma*» (es decir, regulación) permite contemplar el supuesto como el de un conflicto entre disposiciones, una de origen en autonomía privada y otra que parece atribuirse a un sector del derecho público, que se denominaría «derecho fiscal»; sobre todo si se coteja esta solución con la célebre también de Papiniano contenida justamente en el mismo título del Digesto un poco más arriba (fragmento 38) y perteneciente al libro segundo de sus *quaestiones*: «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*» (el derecho público no puede ser modificado por pactos de los particulares). Pero Lenel (Pal I 67, col. 814) integra este fragmento en el ámbito relativo a los municipios (y en este sentido lo relaciona con D. 50.8.2.8 Ulp. 3 *opin.*: «*ius rei publicae pacto mutari non potest,...*». —el derecho de la ciudad no puede ser alterado por un pacto...—).

Parece Ulpiano sostener la opinión contraria en D. 2.14.52(1 *opin.*)¹⁹. Pero aquí creemos que se refiere a que el reembolso de las

¹⁷ I, 743, cols. 944-945. En nota 2 añade la siguiente reflexión: «*de tributis Papinianus hoc loco non videtur egisse*» (No parece que Papiniano haya tratado los tributos aquí).

¹⁸ Fr. 749, D. 50.15.5, cols 945-946.

¹⁹ *Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est.*

sumas que ha pagado ya por ese mismo concepto el acreedor puede exigirlo al deudor, imputándose tal pago al tributo debido (y no a la deuda). En el caso de Papiniano, el acreedor en cambio se niega a reconocer la deuda tributaria.

De gran importancia son dos fragmentos que traemos a colación: Papir. Iust l *de const.* D. 39.4.7 pr. y Pap. 3 *resp.* D. 49.14.36²⁰. En este último se habla de fincas que han sido vendidas por el fisco, respecto de las cuales la carga de los tributos ya devengados pero aún no pagados (*praeteriti temporis tributum* o tributo de un periodo temporal anterior) la debe asumir el comprador. Por su parte, D.39.4.7 parece reflejar con una significativa frase («*in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri*», es decir, con respecto a los vectigales, se demanda a los propios predios y no a las personas) la construcción dogmática de una *obligatio propter rem*, que sin embargo se ve desmentida por la no menos célebre de Papiniano en 19 *resp.* D. 50.15.5 pr.: «*ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant*» (que todos en proporción a sus predios paguen el dinero del tributo)²¹.

En estos últimos textos, se delinean aspectos jurídicos de mucho interés para el jurista del derecho positivo actual: la utilización del «derecho público» en su acepción de derecho indisponible o la «carga tributaria» y la teoría de la *obligatio propter rem* que, a pesar de su formulación posterior basada en fragmentos como los presentes, no responde –como se ve– al genuino pensamiento de los juristas romanos.

Ius fiscale aparece también en C. 3.1.13.1, una célebre constitución de Justiniano (la llamada *lex propterandum*) en la que se fija

²⁰ D. 39.4.7 pr.: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros.* D. 49.14.36: *Praediis a fisco distractis praeteriti temporis tributum eorundem praediorum onus emptorem spectare placuit.*

²¹ CERAMI, *Ricerche romanistiche* cit., 386-387. En *Aspetti del diritto finanziario romano*, Torino, 1998.

un plazo de tres años para el ejercicio de diversas causas procesales salvo para las fiscales y las de funciones públicas para las que se prevé un plazo más breve de seis meses desde la realización de la *litis contestatio* (C. 10.1.11). En efecto, ahí aparece de nuevo nuestra expresión: «*exceptis causis quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones*» (exceptuadas las causas que corresponden al derecho fiscal o las que atienden a las funciones públicas). También, finalmente, se encuentra en una Novela del emperador Marciano (2.1) la expresión «*civili fiscalive iure*» (por derecho civil o fiscal) bajo la rúbrica «*De indulgentiis reliquorum*» de evidente relación con la actividad recaudatoria estatal, donde el *ius civile* se empareja con el *ius fiscale* aludiendo a un determinado cuerpo normativo, que por el aire generalizador de la constitución resulta pretendidamente amplio.

En conclusión, se observa cómo la expresión *ius fiscale* se aproxima semánticamente, en algunos fragmentos de manera clara, a una acepción objetiva del *ius* en relación con el fisco.

6. La casuística imperial

En cuanto a la citada actividad imperial, se constata a través de una simple lectura del título del Digesto que analizamos la intensa intervención de los emperadores²² en esta materia, bien directamente mediante constituciones que adoptan diversas formas (rescriptos, decretos...), bien indirectamente mediante senadoconsultos, respecto de los cuales es bien elocuente la cita de esta fuente por parte de la jurisprudencia como *oratio principis* o de esta manera: *senatus consultum auctore...*(seguido del nombre del emperador).

A él, hay que unir las decisiones adoptadas en el ámbito de su jurisdicción por los *praefecti aerarii* (dependientes del Senado) y,

²² LÈCRIVAIN, *La jurisdiction fiscale d'Auguste à Dioclétien*, en *École Française de Rome (Mélanges d'Archéologie et d'Histoire)*, Paris-Rome, 1886, 105 ss.

según Lécrivain²³, el derecho pretorio, aunque no vemos que de los fragmentos que cita este autor, ni en D. 47.9.3.8, la referencia al edicto tenga que ver con el fisco y sí en cambio con el senadoconsulto de tiempos de Claudio; ni nos parece que C. 2.36(no 37).1 —que precisamente analizábamos más arriba— con su referencia a la *restitutio (in integrum)* sea una alusión a una determinada regulación pretoria en relación con el fisco. Más bien se trata de un instrumento procesal con efectiva plasmación en el edicto pretorio del que se sirven los emperadores para resolver situaciones injustas. Por otro lado, menciona el autor citado como fuente del *if.* la *lex censoria* que cita el fragmento «*de iure fisci*», atribuido a Ulpiano, y que, según Huschke²⁴, es probablemente obra de Domiciano.

En las decisiones imperiales se aprecia un carácter de cierta contingencia, pero sobre todo se advierte la personalidad de cada emperador, ora ansioso por hacer imperar la justicia haciendo uso de la equidad (*aequitas*) y de la humanidad (*humanitas*), ora intensificando los poderes del fisco para la obtención de ingresos, ora combinando una y otra aspiración. La doctrina tradicional y moderna ha señalado esta tendencia del *if*²⁵.

La actividad imperial es de tal entidad que provoca en la jurisprudencia, a su vez, la preocupación constante por integrarla en sus propias obras doctrinales, operando así una fusión de lo que luego serán separadamente denominados *iura* y *leges*. Es oportuno destacar este fenómeno porque justamente los fragmentos del título 14º del libro 49 presentan el aspecto descrito de cohesión normativa.

En ese título aparece en varias ocasiones citado un célebre edicto de Trajano, por el que se premia al que se adelanta a una denuncia de otro manifestando su situación de incapacidad para

²³ Op. cit., 104.

²⁴ *Jurisp. anteiust.* p. 624, Lipsia, 1908-27.

²⁵ En el siglo pasado aludían a esto autores como Clamageran o el citado Lécrivain. La doctrina moderna (por ejemplo Cerami) no puede dejar de reconocerlo.

adquirir lo que se le dejó en fideicomiso (lo que constituye un *caducum*). La disposición le otorga la mitad de los bienes a él destinados. Adriano extiende el beneficio de ese edicto a nuevos casos. Así D.49.14.13.4-5²⁶, a los herederos mediante rescripto («*ut, licet...daretur; § 5 Ad heredes... consecuturum*»). En *h.t.* 3.6²⁷ y 9 se expresa la falta de humanidad (*valde inhumanus mos*) que se juzga en el uso de retener a los *conductores vectigalium publicorum et agrorum* (arrendatarios de vectigales y terrenos públicos) por un lustro más en una especie de tácita reconducción que agrava la condición de estos arrendatarios obligados frente al fisco. Como el propio emperador expresa, tal solución es incluso contraproducente ya que desanima a otros posibles interesados a tomar un posible futuro arriendo. Como vemos hasta aquí, el emperador ha decidido en contra del fisco.

Sin embargo, un poco más abajo en el mismo fragmento, concretamente en el § 9²⁸ se menciona otro rescripto de este mismo emperador en el que se exige la perentoria presencia del abogado del fisco (*advocatus fisci*, de creación precisamente adrianea) en las causas liberales (es decir, acerca del *status libertatis* de una persona)

²⁶ «*Ad heredes eius, qui se detulerat, non videbatur praemium transire: sed divus Hadrianus rescripsit, ut, licet ante decessisset is qui se detulerat, antequam id quod detulerat fisci addiceretur, heredi eius praemium daretur. exstat eiusdem Hadriani epistula, ut, si is qui se deferre poterat morte praeventus fuerit, heres eius, si detulerit, praemium consequatur: 'si tamen', inquit, 'liquebit defunctum eius animi fuisse, ut se vellet deferre': si vero idcirco dissimulaverit, dum rem occultari sperat, heredem eius ultra vulgare praemium nihil consecuturum*».

²⁷ «*Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque principalibus rescriptis exprimitur. divus etiam Hadrianus in haec verba rescripsit: 'valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint. nam et facilius inveniuntur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur'*».

²⁸ «*Divus Hadrianus Flavio Proculo rescripsit, cum in libertatem proclamat qui ex bonis ad fiscum pertinentibus esse dicitur, iudicium dari praesentibus et agentibus etiam his, qui negotiis fisci solent intervenire: et huiusmodi liberales causae, si non interveniente fisci advocato decisae sint, in integrum restituuntur*».

so pena de rescisión de la causa mediante *restitutio in integrum*. Y en el fragmento 2.1²⁹ se expone literalmente el tenor de un rescripto, igualmente de Adriano, en el que se compele a la parte contraria al fisco a exhibir los documentos relativos a la causa, considerando que, si habiendo posibilidad de hacer esta exhibición no la llevara cabo, se estimarían sustraídos los documentos relativos a la causa en curso que perjudicaran a esa parte.

Por su parte, Antonino Pío sanciona la validez de lo que en testamento haya podido ser dado *utiliter* a pesar de que los bienes cuya destinación fue prevista por un fideicomiso tácito correspondan al fisco (*h.t.* 3.4)³⁰. En *h.t.* 13.7³¹ resuelve con equidad un supuesto en el que la autodenuncia del *incapax* en un fideicomiso tácito para obtener el premio del *beneficium* de Trajano se ha visto sorprendida, antes de la apertura del testamento, por la denuncia de los herederos fiduciarios que lógicamente conocían con anticipación el contenido del testamento. El razonamiento *in fine* (*'neque enim dignam esse praemio...deferre videtur'*) del § 7 a favor del *incapax* zanja a su favor la cuestión con consideraciones de justicia imbuidas de ética. En el § 10³² de ese mismo fragmento se citan rescriptos de Antonino Pío y de Marco Aurelio y Lucio Vero tutelando a quien por error ha

²⁹ «Divus Hadrianus Flavio Arriano in haec verba rescripsit: 'quin ei, qui instrumenta ad causam fisci pertinentia, cum possit exhibere, non exhibet, nocere debeat, si verum aliter non invenitur, ea subtracta esse credantur, quae nocitura causae eius fuerint, dubitatum non est. sed nec alias dubitari oportet, quin non in aliam rem nocere debeant, quam in eam qua desiderata sunt'».

³⁰ «Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent: et ita divus Pius rescripsit».

³¹ «Cum ante apertum testamentum tacitum fideicommissum nuntiatum esset ab his, qui fidem tacitam susceperunt, deinde post apertas a fideicommissario delatum esset, divus Antoninus recipi professionem eius iussit: neque enim dignam esse praemio tam praecipitem festinationem prioris, et cum quis se nuntiet non capere, potius confiteri de suo iure quam aliud deferre videtur».

³² «Ei, qui per errorem se detulit, cum capere solidum posset, non nocere hoc divus Hadrianus et divus Pius et fratres rescripserunt».

procedido a la autodenuncia (sin ser en realidad legalmente incapaz para adquirir los bienes a él deferidos)³³.

De Marco Aurelio se conserva en este título la mención del rescrito en el que se confirma la decisión de Adriano en cuanto a los litigios de *status* y la presencia del abogado del fisco que citamos más arriba³⁴.

De Septimio Severo se conservan las citas del fragmento 2.6³⁵, que prohíbe ser oídos los esclavos que pretenden denunciar a sus dueños o los libertos a sus patronos, previendo severas penas. En el fragmento 18.8³⁶ se prohíbe a quienes fueron tutores o curadores denunciar a sus pupilos o adolescentes, prohibición que se hace

³³ Aunque fuera de nuestro título, nos parece conveniente recordar I. 2.6.9, donde se menciona la actividad de este emperador orientada a permitir la usucapión al *bona fide emptor*, al que se le ha entregado una cosa correspondiente a *bona vacantia fisco nondum nuntiata* (bienes vacantes –sin herederos– aún no denunciados); a pesar de la enunciación inicial: *res fisci nostri usucapi non potest*, no puede usucapirse una cosa propiedad de nuestro fisco).

³⁴ Al margen de este título es digno de cita el conocido fragmento Marcell. 29 dig. D. 28.4.3 en el que este emperador exhibe su humanidad en un pleito en el que intervinó el fisco reclamando una herencia para la que el testador había dejado un testamento pero después había borrado el nombre del heredero (por lo que no sólo la institución de heredero sino también los legados y manumisiones previstos perdían en principio validez –que es lo que interesaba al fisco–). Este fragmento, emblemático ejemplo de equidad, es citado frecuentemente en conocidas obras modernas de Filosofía del derecho o de Historia del derecho común europeo. Vid. por ejemplo, P. VINOGRADOFF, *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 6ª reimp. de ed. 1992, México, 1997, 159-160 (= *Common Sense in Law*, Oxford University Press, London, 1913; 2ª ed., 1946).

³⁵ «*Imperator noster Severus Augustus constituit, ne servi delatores dominorum audiantur, sed ut poena coerceantur: libertos quoque causae mandatores contra patronos a praesidibus provinciarum poenae plectendos*».

³⁶ «*Item eos, qui tutores vel curatores fuerunt, non oportere deferre causas pupillorum vel adulescentium suorum divi Severus et Antoninus rescripserunt. quod consequens est observari et in eo, qui quasi procurator negotia gessit: et ita idem principes rescripserunt. idem decreverunt nulla constitutione prohibitum esse procuratorem interrogari, sed accusare eum, cuius negotia gessit. et tutorem, qui aut detulit aut mandavit, severissime puniendum rescripserunt*».

extensiva —de nuevo mediante rescripto— a aquel que llevaba negocios *quasi procurator*. Se alude a continuación a la decisión (*decreverunt*) adoptadas por estos emperadores de no impedir que al procurador se le interrogue. Al tutor que denuncia o encarga la denuncia se le castiga *severissime*. En el fragmento 22 pr.³⁷ estos mismos emperadores prohíben al *procurator Caesaris* la venta de las cosas litigiosas, permitiendo al heredero cuyo causante había sido acusado de *crimen maiestatis*, defender su inocencia y lograr así, además de restituir su memoria, que su patrimonio se considerase libre de la reclamación del fisco como *bona damnatorum* o patrimonio de los condenados. Esta solución se generaliza *in fine* a todos los casos de cosas objeto de controversia judicial. En el fragmento 22.1³⁸ se sigue el principio de *prior tempore* en materia de rango hipotecario sometiendo a él al fisco frente a acreedores particulares, aunque permitiendo al Procurador vender la cosa pagando a cada acreedor por el orden regular citado (o si lo recibe todo el fisco, pagando lo debido a los acreedores). En el fragmento 22.3³⁹ se prohíbe al denunciante o *delator* desistir de la causa, aun cuando hubiese hecho la denuncia *alieno mandato* (por mandato ajeno), exceptuando el caso en que el mandato le hubiese sido retirado por el mandante. En el

³⁷ «Res, quae in controversia sunt, non debent a procuratore Caesaris distrahi, sed differenda est eorum venditio, ut divus quoque Severus et Antoninus rescripserunt, et defuncto maiestatis reo, parato herede purgare innocentiam mortui, distractionem bonorum suspendi iusserunt, et generaliter prohibuerunt rem distrahi a procuratore, quae esset in controversia».

³⁸ «Res autem nexas pignori distrahere procuratores possunt. sed si ante alii res obligatae sunt iure pignoris, non debet procurator ius creditorum laedere: sed si quidem superfluum est in re, permittitur procuratori vendere ea lege, ut imprimis creditoribus praecedentibus satisfiat et si quid superfluum est, fisco inferatur, aut, si acceperit totum fiscus, solvat ipse: vel simpliciter si vendidit procurator, iubebit pecuniam, quam deberi creditori privato fuerit probatum, exsolvi ei. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt».

³⁹ «Sicut nuntiare causam nemo cogitur, ita liberum arbitrium desistendi ei non datur qui detulit: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt: et idem esse, licet alieno mandato detulisset. plane rescripserunt delatorem audiendum volentem a lite desistere, si sibi mandatorum subtractum queratur».

fragmento 25⁴⁰ se habla de una decisión de Severo (*decretum et constitutum esse*) en la que se obliga al *delator* probar lo que pretende y no viceversa a que la parte contraria le presente a éste las pruebas que le perjudican a ella misma. El fragmento 27⁴¹ contiene el rescripto de Severo que se refiere a un caso de indignidad para suceder de un marido que literalmente no defendió la muerte de su mujer, es decir, no hizo nada en favor del esclarecimiento de los hechos y de la persecución del culpable del homicidio presunto. El fisco reclama de él la dote en cuanto le siga perteneciendo. En el fragmento 30⁴² los emperadores Severo y Caracalla prohíben a los procuradores la enajenación de los bienes que sean entregados al fisco e imponen la *revocatio ad servitutem* de los esclavos manumitidos. Se aprecia claramente el interés patrimonial del fisco que en este caso predomina. Finalmente, en el fragmento 34⁴³ se castiga a quien en una causa criminal movida contra él ha intentado sobornar al juez (*redimere sententiam*) con una multa que deberá pagar al fisco. El inciso final presenta indicios de una probable alteración.

No es extraño que todo este cúmulo normativo (aunque de naturaleza muy diversa) fuera conformando, como venimos diciendo, un cuerpo jurídico que la jurisprudencia pudo al final identificar de modo especial. La actuación procesal del fisco merecía una atención

⁴⁰ «*Est et decretum ab imperatore Severo et constitutum nullo modo exigendum quem probare, unde habeat, circa delationes fiscales, sed delatorem probare debere quod intendit*».

⁴¹ «*Cum mortem maritus uxoris necatae non defendit, divus Severus rescripsit dotem fisco vindicandam, prout ad maritum pertineat*».

⁴² «*Ne procuratores Caesaris bonorum actores, quae ad fiscum devoluta sunt, alienent, imperatores Severus et Antoninus rescripserunt: et, si manumissi fuerint, revocantur ad servitutem*».

⁴³ «*Imperatores Severus et Antoninus Asclepiadi ita rescripserunt: 'tu, qui defensione omisa redimere sententiam maluisti, cum tibi crimen obiceretur, non immerito quingentos solidos inferre fisco iussus es: omisa enim ipsius causae inquisitione ipse te huic poenae subdidisti. optinendum est enim, ut hi, quibus negotia fiscalia moventur, ad defensiones causae bona fide veniant, non adversarios aut iudices redimere temptent'*».

singular, pues la sola presencia suya provocaba modificaciones en la solución final de una pluralidad de cuestiones relativas al derecho privado, campo del que la jurisprudencia hasta entonces se había ocupado con absoluta preferencia. La interferencia del fisco, pues, hizo reaccionar a la jurisprudencia aunque no dedicara obras monográficas al fisco como tal o al *if.* (a éste sólo tardíamente) y que, apegada al derecho privado, buscara integrar en sus obras tradicionales, al menos al principio, las oportunas modificaciones. Pero esto no bastaba. Junto a las leyes caducarias, había que dar respuesta al diferente régimen de delaciones (tan similar en el ámbito de la *vindicatio caducorum* al de los juicios públicos). Había que tratar acerca de las penas públicas, de la competencia de los nuevos funcionarios, en concreto, de los *praefecti aerarii* y de la asistencia en juicio a favor del fisco de una nueva categoría de abogados (los *advocati fisci*) etc. Por consiguiente, es natural que el derecho relativo al fisco, con sus vacilaciones público-privatísticas, pasara de ser considerado como un mero haz de facultades o de preeminentes posiciones del fisco frente al particular a ser visto como una realidad normativa diferente, más o menos apartada a veces del derecho privado y otras del derecho público. La conjugación de los intereses recaudatorios del fisco aparece en pugna con los ideales de justicia. Es cierto que el equilibrio de ambas finalidades no se logra sin la voluntad política que toma en serio ese cometido y también que esa política legislativa en relación con el fisco coincide con momentos de estabilidad política. No es casualidad que la posterior asimilación del derecho relativo al fisco al derecho público se produjese en un ámbito de imperiosa, más bien angustiada, necesidad de mayores ingresos estatales. Pero, para llevar a efecto esa política se precisaba una técnica que sólo los juristas podían proporcionar. Por eso, la calificación del derecho fiscal romano como derecho exorbitante o singular debe ser utilizada con prudencia. Esa situación a la que nos referimos se contempla en época de los Severos de los que hemos visto en el título 14 del libro 49 la demostración de una más intensa actividad reguladora.

7. Naturaleza pecuniaria de las causas fiscales

Una diferente perspectiva desde la que resulta útil abordar la cuestión que nos hemos propuesto tratar es sin duda la relativa a las causas procesales en las que interviene el fisco. Por un lado, observamos frecuentemente en los textos que el fisco reclama deudas de los particulares (a quienes por cierto llama *debitores fisci* o *debitores fiscales*) estimadas en dinero a menudo (*pecunia*), identificando frente a las otras deudas, las de *pecunia publica* como las que derivan de la obligación de pagar los tributos. Por tanto, éstas como las demás cuyo objeto consiste en una suma de dinero responden a un criterio de racionalización de las deudas fiscales (que coincide sorprendentemente con uno de los principios básicos que inspiran el moderno derecho tributario) y por otro a la necesaria adecuación de las deudas fiscales a esquemas privatísticos, concretamente a la relación obligacional que vincula al deudor frente al acreedor. Así por ejemplo, en D. 1.16.9 pr. (Ulp. 1 *de off. procon.*) Ulpiano recomienda al procónsul no inmiscuirse en una *causa fiscalis pecuniaria* cuya competencia corresponde al *procurator principis*.

Recuerda este acercamiento al derecho privado el fenómeno de alineamiento progresivo que se opera respecto de la esfera del derecho privado y del derecho público respectivamente, de los delitos privados y públicos (estos últimos reconocibles como crímenes). Así por ejemplo, en el corto pero sustancioso título 1º de libro 47 del Digesto de Justiniano (*De privatis delictis*), el fragmento tercero (de nuevo procedente del *de officio proconsulis* de Ulpiano, libro segundo) se lee lo siguiente: «*si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit*» (Si alguien quiere ejercitar una acción que nace de delito y desea hacerlo pecuniariamente, debe ir al derecho ordinario y no está obligado a suscribir una denuncia criminal; en cam-

bio, si quiere conseguir la pena por vía extraordinaria, entonces sí que deberá suscribir la denuncia criminal). Es interesante el testimonio porque traza las dos vías de persecución del delito, cuando éste admite la calificación como de privado y público a la vez. Llama la atención el hecho de que se identifique la relativa al *ius ordinarium* (es decir, la de los delitos privados) con la elocuente expresión de *agere pecuniariter*⁴⁴.

D. 47.10.7.6 (Ulp. 57 ed.): «*Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescripsit*» (Nuestro emperador <Caracala> ha contestado mediante rescripto que hoy se puede ejercitar la acción civilmente respecto de toda injuria incluida la más grave), a propósito del delito de injuria.

Algo similar, decimos, sucede curiosamente con las causas fiscales en las que vemos al fisco reclamando sumas de dinero a él adeudadas. En D. 32.27.2 el fisco promueve una cuestión hereditaria pero reclama dinero. En el caso propuesto pierde el litigio. Y así aparece el fisco concurriendo con otros acreedores, como en D. 20.4.21 pr. y D. 49.14.21; o también, se puede ver a terceras personas interceder por los deudores del fisco pagando a éste (C. 7.73.31; C. 8.18.2 pr.), unas veces sucediendo en el derecho del fisco y otras no; o reclamando el fisco a los deudores de su propio deudor. Aunque aquí es muy diferente la solución según la naturaleza de la deuda pues es tributaria: el fisco tiene derecho a reclamar el importe de la suya al deudor de su deudor como en D. 18.3.8. A este tipo de deudas se refiere el famoso fragmento de Papiniano que más arriba veíamos (D. 50.15.5 pr.) en el que se establece la obligación de pagar el dinero del tributo *pro modo praediorum* (en proporción a los predios) en un supuesto en el que uno de los poseedores *expediendi negotii causa* (por agilizar el asunto) había satisfecho la deuda de todos frente al fisco. En un texto relativo al *crimen peculatus* (crimen

⁴⁴ De donde por cierto la expresión moderna, coloquial incluso, de «actuar por lo civil o por lo criminal» = *agere civiliter (pecuniariter) vel criminaliter*.

de malversación de caudales públicos) leemos que el crimen se comete tanto respecto de dinero público (*publica pecunia*), entendido aquí como el dinero que se destina a una finalidad pública, como respecto del dinero privado (*privata pecunia*) que se produce, por ejemplo, en el caso en que uno simula ser acreedor del fisco y se presenta al cobro de lo que otro debe a éste. El *crimen peculatus* se entiende cometido aunque el dinero no sea público (Paul. *lib. sing. de iud. pub.* D. 48.13.11.3). Conducta muy diferente, no tipificable como *crimen peculatus* es la del verdadero acreedor que exige el dinero de su deuda (Marcell. 25 *dig.* D. 48.13.14).

Vemos las deudas fiscales pecuniarias en relación con la denuncia al fisco (D. 49.14.38.1; 39.1) y al fisco concediendo prórrogas a los deudores fiscales *ad comparandam pecuniam* –para hacer acopio del dinero y disponerlo al pago– (D. 49.14.45.10 = PS. 5.12.19). O a los gobernadores más escrupulosos y honrados transfiriendo al fisco determinadas sumas procedentes de los condenados (D. 48.20.6). En todos estos casos, el fisco no pide otra cosa que dinero.

8. Causa pública-privada-fiscal

Dos textos fundamentales son a nuestro juicio los siguientes: D. 3.6.1.3 (Ulp. 10 ed.):

Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit. nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat? et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus.

(Pero también la constitución de nuestro emperador <Antonino Caracala>, dirigida a Casio Sabino, prohibió dar cantidad alguna al juez o al adversario en las causas públicas, particulares o fiscales y ordenó que por esta causa el litigio caducara. Podría analizarse si es

inaplicable la constitución cuando el adversario recibió dinero con intención de transigir, no de vejar; y opino que no es aplicable, así como tampoco tendrá lugar esta acción, porque no son las transacciones lo prohibido sino las sórdidas concusiones).

Con independencia de las sospechas de alteración que ha despertado la redacción de este texto, nada se puede objetar al inciso «*in publicis vel privatis vel fiscalibus causis*».

Y C. 7.49.1 (de Caracalla a. 212) en el que se repite el trinomio:

Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit.

(Se ha determinado para cualquier causa, ya sea privada, pública o fiscal, que, sea quien sea a quien se le haya dado dinero, juez o adversario, pierda la acción aquel que, por desconfiar de una justa sentencia, haya hecho descansar la expectativa de un resultado favorable con respecto a su asunto en la corruptela del dinero).

Un autor moderno, Cerami⁴⁵, ha puesto en relación estos textos con el célebre D. 2.14.5 a propósito de las clases de convenciones. Este autor cree resolver el viejo problema de interpretación de las tres clases de las convenciones hipotetizando que el texto genuino aludía a las convenciones públicas privadas y fiscales y que los compiladores posteriormente suprimieron estas últimas sin dejar rastro de ellas bajo ese título. Por otra parte la sinonimia apuntada por Mommsen entre *res publica* y *res fiscalis* (*res publica fiscalis*ve) no tiene ningún apoyo.

Esta tripartición resulta de la particular posición del fisco en una causa procesal que impide su completa asimilación a un particular, como lo demuestran las frecuentes desviaciones jurídicas en favor del fisco: en materia de usuras (D. 22.1.16.1, 17.5, 17.6; D. 49.14.6

⁴⁵ CERAMI, «*Contrahere...*», 385 ss.

pr.); en materia de reclamación a los deudores del deudor tributario, pero frente a lo que comúnmente se dice, el derecho del fisco, aun teniendo una hipoteca general sobre bienes del deudor en el derecho clásico, no es preferente: C.7.73.2 (frente a PS. 5.12.10) y otros fragmentos en los que el fisco había realizado el contrato con anterioridad. D. 49.14.6 pr. (*fiscus cum in privati ius succedit, privati iure utitur*; el fisco, cuando sucede en el derecho del particular, se sirve del derecho de ese particular); en materia de retractación de causas; en materia de evicción (D. 49.14.5 pr.); en materia de ventas etc.

El interés patrimonial no punitivo del fisco queda reflejado claramente en fragmentos como D. 29.5.22 en el que se argumenta: «...*causam de qua quaeritur, cum sit pecuniaria, morte ingratae heredis extinctam non videri*» (la causa que se discute no parece que, aun siendo pecuniaria, se haya extinguido por la muerte de la heredera ingrata). Se trata de un supuesto que encaja en la causa que Calístrato denominaba así: '*quod mors ab heredibus non vindicatur*' (por el hecho de que la muerte no haya sido reclamada judicialmente por los herederos). O éste, D. 49.14.9 (Mod. 17 respon.) con cuya *ratio in fine* coincide –un escabroso caso, por cierto– que el jurista concluye con su respuesta: «*Modestinus respondit morte reae crimine extincto persecutionem eorum, quae scelere adquisita probari possunt, fisco competere posse*» (Modestino respondió que, al extinguirse aquella acusación criminal por muerte de la acusada, puede competir al fisco la reclamación de los bienes que se prueben adquiridos merced al crimen).

9. Breve recapitulación

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo el *if* se fue desarrollando progresivamente como un cuerpo de derecho susceptible de atención monográfica por parte de la jurisprudencia y objeto de constante atención por parte de la legislación imperial. Sin embargo, hemos advertido también la difícil percepción del *if*.

como derecho autónomo. La clave de esta cuestión se encuentra en la posición dinámica en la que casi siempre vemos al fisco, es decir, en la intervención como parte procesal en las causas que a él interesan. El trinomio de causa «*publica-fiscalis-privata*» es un indicio del carácter híbrido que presentan las causas procesales en las que se dirimen asuntos en los que participa el fisco como parte interesada. El título 14º del libro 49 del que hemos examinado su composición doctrinal y apreciado la densidad de la intervención imperial no ofrece, lo hemos dicho ya también, un cuadro de acabada perfección dogmático-jurídica. En él, como a jirones, se fijaron los fragmentos que contienen como tractos diversos de la historia del fisco y de su derecho. Una clave fundamental para su comprensión como una realidad no absolutamente desordenada es, a nuestro juicio, precisamente la procesal. Ésta fue además la vía que adoptó la doctrina tardo-clásica y en particular Calístrato para afrontar el estudio de esta materia.

No debe olvidarse que al fisco le mueven intereses recaudatorios. A través de los ingresos, el fisco fortalece la situación patrimonial del Estado romano. Éste es su norte del que no se aparta jamás. Sólo consideraciones técnicas y de justicia ajenas a él, esgrimidas por la jurisprudencia, que influyen sobre los emperadores más receptivos a problemas de justicia material, hacen desistir a aquél de sus ciegos impulsos.

10. La jurisdicción fiscal

El procedimiento fiscal experimenta una evolución desde el origen de la figura del fisco⁴⁶ que hacen de nuevo difícil su perfecta calificación. El fisco, por otro lado, va absorbiendo progresivamente los ingresos que correspondían inicialmente al Erario hasta dejar a

⁴⁶ Cuestión que junto con la de la naturaleza de éste hoy siguen en debate.

éste exhausto (se produce, por cierto, una coincidencia con el principio moderno de unidad de caja).

Mommsen⁴⁷, al referirse a la exacción de ingresos del fisco (e incluso respecto de los ingresos que iban a parar al Erario pero cuya recaudación se encomienda no a magistrados sino a funcionarios imperiales *-procuratores-*), destaca cómo en el orden posterior a Augusto, es decir, a partir de Tiberio, los asuntos litigiosos entre el fisco y los particulares se atribuyen a la jurisdicción civil. Tac. *Ann.* 4.7: «*si quando (Tiberius) cum privatis disceptaret, forum et ius*». Con Claudio en el año 53 —como a continuación expone de nuevo Mommsen— el Senado emitió un senadoconsulto por el que la entera jurisdicción se ponía en manos de los procuradores imperiales (Suet. *Claud.* 12), de manera que todo departamento dependiente directamente del emperador tenía potestades decisorias respecto de los recursos de los que fueran competentes (por ejemplo, el *procurator vigesima hereditatim provinciae Asiae* en su esfera de competencia material-territorial). El procedimiento sigue el modelo de la *cognitio* (con la posibilidad de la apelación ante el emperador —como en ocasiones deja ver el título 14 de Digesto 49⁴⁸—). Pomponio en D. 1.2.2.32 da testimonio de la creación por parte de Claudio de dos pretores (de los que Tito suprimió uno) competentes en materia de fideicomiso y, sobre todo, de Nerva que creó un cargo específico para la jurisdicción entre fisco y los particulares (*qui inter fiscum et privatos ius diceret*). En época de Nerva y Trajano, Plinio habla de un procedimiento entre el fisco y los particulares de corte netamente privatístico⁴⁹, a no ser —como señala Provera⁵⁰— por la circunstancia,

⁴⁷ *Römisches Staatsrecht, Zweiter Band II. Abheilung, Leipzig*², 1877, 980 ss.

⁴⁸ *h. t.* 47.1; 50.

⁴⁹ Paneg. 36. 3-4: «*In ius veni, sequere ad tribunal*»; «*Sors et urna fisco iudicem adsignat? licet reicere, licet exclamare: Hunc nolo, timidus est et bona saeculi parum intelligit; Illum volo, quia Caesarem, fortiter amat. Eodem foro utuntur principatus et libertas*».

⁵⁰ PROVERA, *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964, 109. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, *Rivista di*

ciertamente relevante, de que el nombramiento del juez se opera a través de la recíproca *reiectio* de las partes sobre una lista previamente confeccionada.

Los gobernadores de las provincias senatoriales⁵¹ concurren con los procuradores. Fue a los procuradores de Italia y de Roma a los que Nerva despojó de la jurisdicción para encomendarla al pretor, encargando una vez más la judicación separadamente a jueces. Posteriormente pasaron a ser competentes los *praefecti aerarii*.

Dice Provera⁵² que los rastros del *praetor fiscalis* se pierden con Adriano desde el cual la jurisdicción se encarga al *procurator a rationibus*. También de época adrianea es la creación de la figura del *advocatus fisci*⁵³ que a juicio de Provera no es un representante —como cree Hirschfeld, y con él muchos autores— sino, como su nombre indica, un defensor técnico del fisco.

Progresivamente, el delator particular (*quivis de populo*), figura inspirada en el modelo de la *accusatio publica*, se ve —según Provera⁵⁴— flanqueado y constreñido en sus funciones por otro tipo de delatores de naturaleza pública (*procuratores*,...). Con Adriano no se produce de todos modos —de nuevo a juicio del autor citado— la sustitución de la *accusatio* por la *inquisitio*⁵⁵. Pero el representante debía de ser una persona de la sección *a rationibus* de la administración

diritto processuale, 3, 1948, (ahora en *Scritti giuridici scelti* 1985-86) se pronuncia de modo cauto —pero suficientemente expresivo— ante la naturaleza de este procedimiento fiscal: «Certo, ammessa la differenza di questo processo dal *iudicium privatum*, si deve peraltro affermare che nella scala dei processi pubblici esso rappresentava il gradino più vicino al processo privato e forniva al cittadino le maggiori garanzie desiderabili».

⁵¹ MOMMSEN, op. cit. 982.

⁵² PROVERA, op. cit., 118.

⁵³ HIRSCHFELD, *Die kaiserliche Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*¹, Berlin, 1877 (3ª ed. 1963), 49 ss.

⁵⁴ Cfr. contra los testimonios que presenta este autor, PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, 280 ss.

⁵⁵ Sobre estos modelos procesales ver ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova, 1998.

(de cuya jurisdicción el *procurator a rationibus* era quien estaba encargado).

Se asiste pues a un tipo de procedimiento caracterizado inicialmente por colocar –como afirma Provera⁵⁶– al Estado y al particular a un mismo nivel. Para paliar esta directa confrontación, y tomando como modelo los juicios públicos, se da entrada en representación del fisco a un particular (*quavis de populo*) de manera que la causa se desenvuelve entre dos particulares, garantizándose además con ello la bilateralidad del proceso. El modelo, pues, escogido era el inverso del inquisitivo-unilateral en el que el Estado es juez y parte; modelo que Mommsen⁵⁷ identifica, por el contrario, respecto de los ingresos no recaudados que se destinaban al Erario. El magistrado (y tras él, el Senado) encargado de la exacción es también competente para la judicación. Progresivamente, el delator privado que se halla presente a lo largo de toda la historia del fisco (salvo la efímera derogación por parte de Constantino⁵⁸) –como en D. 49.14 se puede apreciar– se ve limitado por la concurrencia de denunciantes públicos, de manera que en ocasiones su función se reduce a la mera información⁵⁹.

11.-Las causas de Calístrato

Los compiladores reservan a Calístrato el honor de abrir el título *de iure fisci* (decimocuarto) del libro 49 del Digesto de Justiniano con un fragmento extraído de su libro primero del *de iure fisci*, cuya importancia ha sido destacada unánimemente por la doctrina, aunque los análisis han sido diversos⁶⁰. Por lo que nuestra cuestión res-

⁵⁶ Op. cit. 7.

⁵⁷ Op. cit. 979-980.

⁵⁸ Cfr. CTh. 10.10.1 (313); CTh. 10.10.2 (319?); CTh. 10.10.3 (335).

⁵⁹ Esto, según Provera, como antes advertíamos.

⁶⁰ La interpretación de Provera ha sido sometida a revisión principalmente por: SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta Temporum Meorum. Rinnovamento politico e legislazione*

pecta, hemos destacado la perspectiva patrimonialista que inspira la entera actividad del fisco. Este persigue cualquier fuente susceptible de producir ingresos, sin importar su naturaleza. Esto explica la gran variedad de supuestos en los que interviene y es la causa de las dificultades con que debió encontrarse la jurisprudencia para amoldarlos a esquemas dogmáticos. También favorece el empleo de categorías del derecho privado (tales como deuda o deudor fiscal o la utilización de giros próximos al concepto de obligación: *necessitas solvendi, vinculum*).

La discusión ha girado, por un lado, en torno al carácter taxativo o meramente ejemplificativo del largo elenco de causas expuesto por Calístrato *ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet* (en razón de las cuales la denuncia al fisco suele hacerse). Por otro, al grado de intervención de los compiladores: así por ejemplo, de las causas por *bona caduca* sólo parece conservar los fideicomisos tácitos ¿se debe esto a una interpolación operada por los compiladores?

Como probable principio rector y, en cierta medida, unificador del régimen de las denuncias, la doctrina⁶¹ ha identificado el de «*id deferrí debet quod latet, non id quod fisci esse palam est*» (debe denunciarse lo que está oculto, no lo que manifiestamente es del fisco). Las causas fiscales que enumera Calístrato son las siguientes:

Variae causae sunt, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet. aut enim se quis, quod tacite relictum est, profitetur capere non posse vel ab alio praeventus defertur: vel quod mors ab heredibus non vindicatur: vel quod indignus quis heres nuntiat: vel quod princeps heres institutus et testamentum sive codicilli subrepti esse nuntiantur: vel quod dicatur quis thesaurum invenisse: vel magni pretii rem minoris ex fisco comparasse: vel praevaricatione fiscum

fiscale agli inizi del principato di Gordiano III, Palermo, 1978. Idem, *Exsecranda pernicios. Delatori e fisco nell'età di Costantino* [Pubbl. Fac. Giur. Univ. Napoli 213], Napoli, 1984. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova⁴, 1996. PULIATTI, op. cit.

⁶¹ PROVERA, op. cit. 160.

victum esse: vel eum decessisse, qui in capitali crimine esset: vel etiam post mortem aliquem reum esse: vel domum destructam esse: vel ab accusatione recessum: vel rem litigiosam venumdari: vel poenam fisco ex contractu privato deberi: vel adversus leges commissum factum esse.⁶²

Se pueden reconocer hasta quince causas diferentes⁶³:

1ª *Ex tacito fideicommisso* cuando el destinatario es incapaz (*incapax*), iniciada mediante la propia autodenuncia.

2ª El mismo caso anterior pero originada por delación ajena.

3ª Indignidad de los herederos que no persiguieron penalmente la muerte del causante.

4ª Cualquier otro tipo de indignidad.

5ª *Subreptio* de testamento o codicilos en que el príncipe ha sido insituido heredero.

6ª Hallazgo del tesoro, por delación o autodenuncia.

7ª Venta por precio inferior al venal de un bien del fisco.

8ª *Praevaricatio* en perjuicio del fisco.

9ª Muerte del acusado de un crimen capital.

10ª Condena *post mortem* del reo de *crimen maiestatis*.

11ª Destrucción ilícita de edificación.

⁶² «Cuando uno declara que no puede adquirir un fideicomiso dejado tácitamente o le delata otra persona que se le adelanta; cuando los herederos no reclaman contra el que produjo la muerte a su causante; cuando se denuncia que un heredero es indigno, o que se ha sustraído un testamento o codicilo siendo heredero el príncipe; cuando se dice que alguien ha descubierto un tesoro; que ha comprado al fisco por poco precio una cosa de gran valor; que el fisco ha perdido un juicio por prevaricación; que ha muerto quien había cometido un crimen de pena capital o quien seguía siendo reo después de su muerte; que se ha derribado una casa; que alguien ha abandonado una acusación; que se ha vendido una cosa litigiosa; que se debe una pena al fisco a causa de un contrato privado; o que se ha cometido algún acto contra las leyes».

⁶³ Así PULIATTI, op. cit., 145.

12ª Abandono de la causa por parte del actor.

13ª Venta de cosa litigiosa.

14ª Pena a favor del fisco establecida mediante contrato entre particulares.

15ª Confiscación.

Destaquemos algunos problemas interpretativos de los muchos que trata la doctrina moderna: El supuesto del fideicomiso tácito plantea el interrogante acerca de si el destinatario referido por la causa es el heredero fiduciario o el fideicomisario. Más bien parecen los dos. En el caso del tesoro nos parece que la interpretación de *totum et altero tanto* (D. 49.14.3.11 *in fine*) que Provera realiza es discutible. Creemos que a lo que obliga esta disposición es a devolver el tesoro y una cantidad ulterior equivalente a él (esto es el doble) y no a devolver la mitad del premio más otra mitad, lo que equivaldría al tesoro mismo, como quiere el citado autor. En cuanto al supuesto de la *subreptio testamenti*, Provera lo interpreta encuadrándolo en el ámbito del *crimen falsi*, aunque creemos que puede muy bien encajar entre las denuncias fiscales (contra los poseedores de herencias) sin necesidad de introducir otras hipótesis de interpretación...

12 Epílogo

El *if.*, valorado en relación con el procedimiento, presenta —como se ve— rasgos inequívocos que dan fe de su naturaleza mixta. Naturalmente la cuestión puede y debe ser abordada considerando otros aspectos como el de la naturaleza del fisco, o el de la consideración o no como «pública» de los ingresos —éste quizás menos conocido—.

El fisco gana y pierde. Sus privilegios, sin embargo, le alzan del nivel del suelo pero sin dejar de moverse sobre él. La doctrina del fisco y de su derecho no fue olvidada en la Edad Media por glosadores y comentaristas y así, no puede sorprender que la imagen, más o menos deformada, que los juristas de épocas muy posteriores obtu-

vieron de él, se conservó en la memoria histórica de la ciencia jurídica de la Europa continental. Pero llegó a superar sus fronteras sirviendo incluso de modelo a países fuera de la tradición romanística. De hecho, la conquista histórica que ha supuesto la plasmación constitucional del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración pública hunde sus raíces en la experiencia romana.

Se ha demostrado a lo largo de este trabajo cómo el extraordinario aumento de las necesidades públicas que los príncipes desean satisfacer en su aspiración universalista de llevar el bienestar hasta los últimos confines del Imperio, se procura conjugar en mayor o menor medida con una actuación no desarrollada al margen del derecho (y sin que éste se desvincule de la justicia). Las categorías mentales que la jurisprudencia imperial, aún clásica, aplica a los nuevos casos planteados son las correspondientes a su formación de corte netamente privatístico. Pero, gradualmente, el derecho privado experimenta deformaciones o desviaciones, no siempre debidamente justificadas (más que por la *utilitas* o interés público *ulpiano*) para adecuar los supuestos a la nueva realidad emergente. La especial casuística originada por la presencia del fisco produce gradualmente una nueva regulación. En el largo camino, la doctrina se muestra en ocasiones vacilante. Los propios príncipes, deseosos de no romper con el ideal republicano de la *libertas* y respeto de las formas, se muestran cautos, por lo general, frente a sus deseos de más ingresos para sus arcas. Su *humanitas* aflora en no pocos de ellos. La hibridez del incipiente derecho fiscal romano no puede ocultar su manifiesta vocación pública. Lo que es más importante: la experiencia romana servirá de modelo para la posteridad.