

**OBSERVACIONES EN TORNO A LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA  
REGLA 'IN DUBIO CONTRA FISCUM (PRO FISCO)' Y A LA RECTA  
INTERPRETACIÓN DE MOD. L. SING. DE PRAESCRIP. D. 49.14.10**

Por

JUAN MANUEL BLANCH  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad CEU San Pablo

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Romano 26 (2016)*

ABSTRACT: The author intends to criticise the relationship between the rule 'in dubio contra fiscum' (or pro fisco), that belongs to the ius commune, nowadays rejected by the modern doctrine of tax law, and the text written by the roman jurist Modestinus (D. 49.14.10), often identified as its source. It also intends to afford the question referring its right interpretation.

**REMARKS ABOUT THE HISTORICAL FORMATION OF THE RULE 'IN DUBIO  
CONTRA FISCUM (PRO FISCO)' AND THE INTERPRETATION STRAIGHT  
MOD. L. SING. DE PRAESCRIP. D. 49.14.10**

SUMARIO: 1. Introducción. 2.- Interpretación del fragmento 36 del Panegírico de Trajano. 3.- La regla in dubio contra fiscum (pro fisco) y su valoración doctrinal moderna. 4.- El fragmento 10º de D. 49.14 de Modestino. 5.- Contexto del fragmento en la obra de Modestino. 6.- Un comentario leamático provisional. 7.- Primeras observaciones. 8.- Revisión. 9.- Conclusiones.

1.- Que el derecho fiscal romano alcanzó un alto nivel a lo largo de un proceso de formación de tres siglos, correspondientes al periodo clásico imperial, es un hecho que la romanística de los últimos decenios ha venido esclareciendo frente a la opinión común de quienes otorgan al derecho público romano un carácter secundario y de estudio prescindible. La propia expresión *ius fisci*, en la que el primero en los términos se utiliza en los textos a veces de modo subjetivo, pero también a veces de modo objetivo<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> V. nuestro trabajo *Ordenación sistemática del Derecho Financiero actual y Derecho Fiscal romano* (en adelante *Ordenación*). En "Derecho Administrativo Histórico". Director: Antonio Fernández de Buján. Escola Galega de Administración Pública (Xunta de Galicia), Santiago de Compostela, 2005, 77-117. V. muy especialmente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «*Ius Fiscale*: Instrumentos de Política Financiera y Principios Informadores del Sistema Tributario Romano». *IURA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*. Jovene (Napoli) ed., 2010, vol. LVIII, pp. 1-

testimonia la consolidación de un *quid* normativo regulador de las relaciones del Fisco romano con otros sujetos (particularmente con particulares *-privati-*) a través de negocios diversos (compraventas, arrendamientos, préstamos, etc.) que, a su vez, son fuente de controversias que se dirimen en juicio (*causae*)<sup>2</sup>.

Se puede hablar incluso de un valor ejemplar del derecho fiscal romano, tanto por lo que en la historia del derecho ha significado la llamada teoría del Fisco surgida en la Edad Media a partir de los textos romanos, como por el modelo civilizado de relación entre el Estado y los ciudadanos en el que se deja entrever el fino rigor jurídico romano y el singular respeto a la persona enfrentada a los poderes públicos. Este segundo aspecto es particularmente relevante porque constituye, más allá de la constatación de una normatividad concreta, una seña de identidad cultural que se imprime de modo indeleble en el propio ser de la civilización occidental. No es fruto, sin más, de la Revolución Francesa el diseño equilibrado de la relación de los particulares con el Estado y demás entes públicos como a menudo se declara. Juristas y príncipes romanos tomaron conciencia del profundo cambio que suponía la inserción en la actividad comercial y procesal del Fisco, instalado entre los particulares, actuando en medio de la vida social. Frente al modelo orientalista de las monarquías tiránicas que no podían sino identificar en el individuo a un súbdito disponible por ellas, Roma, que ha vivido la libertad de la República, pretende ahora, durante el Imperio, conjugar aspectos constitucionales en principio contradictorios: Principado y libertad. El Fisco constituye la genial figura jurídica, caracterizada por su carácter híbrido, casi camaleónico, pero que no logra, sin embargo, escapar de la mirada atenta del derecho, que ajusta su comportamiento a moldes jurídicos reconocibles por los ciudadanos de a pie.

2.- En la historia de Roma se habla a menudo de príncipes “buenos” y “malvados”. Sin embargo, unos y otros fueron objeto de la reflexión crítica de la sociedad romana llevada a cabo, de manera implacable, respecto de sus gobernantes. No sólo la crítica política, impensable en otras culturas, sino la propia concepción del derecho como instrumento de control del propio poder forzaron a los emperadores y a sus órganos políticos a una continua revisión de su quehacer político y jurídico en pos del ansiado “buen gobierno” generador de la común aprobación.

«¡Qué gusto da ver el Erario en silencio y tranquilo, como lo era antes de los

---

32. Del mismo autor, v. también otros interesantes trabajos: *Léxico fiscal e instrumentos de política financiera en Derecho romano*, en RGDR, IUSTEL, 14 (2010); *Hacia un tratado de derecho administrativo y fiscal romano*, en *Hacia un tratado de derecho administrativo y fiscal romano* (Madrid 2011); o su manual de *Derecho Público* (Madrid 2015), 311 ss.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de causa en relación con el Fisco, v. nuestro trabajo: BLANCH, JUAN M.: *En torno al concepto de 'causa' en el proceso delatorio fiscal romano*. Dir. Antonio Fernández de Buján. *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Medioambiental y Fiscal Romano*. Madrid: Dykinson, 2016, 91-113.

denunciantes! -dice Plinio en su conocido panegírico a Trajano 36-. Ahora es un templo, un auténtico santuario, no un cruel receptáculo de los despojos de ciudadanos y botines sangrientos, el único lugar en todo el orbe terrestre en el que, aun con un príncipe óptimo, los buenos eran superados por los malos. Persiste, con todo, el decoro de las leyes, nada se trastoca de la utilidad pública, ni se deja de imponer a nadie una pena, antes bien, se le añade venganza, y lo único que ha cambiado es que ya no se teme a los denunciantes sino a las leyes. ¡Que no pones freno al Fisco con la misma severidad que al Erario! tanto más cuanto estimas tener más facultades con respecto a lo tuyo que a lo público. Se dice al actor y también a tu procurador: "¡ven a juicio, sígueme al tribunal!" Porque se ha previsto un tribunal para el príncipe igual a los demás, dejando a un lado la excelsitud del litigante. La suerte y la urna asigna juez al Fisco; se permite recusarlo, se admite decir en voz alta: "A este no lo quiero porque es pacato y apenas es consciente de las ventajas de estos tiempos; deseo a aquel que ama a César con fuerza". Del mismo foro se sirven el principado y la libertad. Sobre todo, es para gloria tuya que a menudo el Fisco es vencido, cuya causa nunca es desfavorable sino ante un príncipe ecuánime. Es este un gran mérito, pero lo es más que dispones de tales procuradores que tus ciudadanos, las más de las veces, no prefieren a otros como jueces. Es libre, con todo, el litigante de decir: "no quiero elegir a este". Pues no impones ninguna necesidad a tus liberalidades, como quien sabe que el máximo de los favores de los príncipes consiste en que se pueda no hacer uso de ellos»<sup>3</sup>.

Es difícil comprimir tanta información en tan poco espacio de texto. Trajano es elogiado por devolver la tranquilidad al tesoro público, atormentado antes por las implacables denuncias de delatores profesionales sin escrúpulos; también, por hacer respetar el derecho sin menoscabo del interés público o del derecho penal al respecto,

---

<sup>3</sup> (36): *Quam iuvat cernere aerarium silens et quietum, et quale ante delatores erat! Nunc templum illud, nunc uere deus, non spoliarium ciuium, cruentarumque praedarum saeuum receptaculum, ac toto in orbe terrarum adhuc locus unus, in quo, optimo principe, boni malis impares essent. Manet tamen honor legum, nihilque ex publica utilitate conuulsum: nec poena cuiquam remissa, sed addita est ultio, solumque mutatum, quod iam non delatores, sed leges timentur. At fortasse non eadem seueritate fiscum, qua aerarium, cohibes. Immo tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. Dicitur actori, atque etiam procuratori tuo: In ius ueni: sequere ad tribunal. Nam tribunal quoque excogitatum principatui est, par ceteris, nisi illud litigatoris amplitudine metiaris. Sors et urna fisco iudicem assignat: licet reiicere, licet exclamare: Hunc nolo, timidus est, et bona seculi parum intelligit: illum nolo, quia Caesarem fortiter amat. Eodem foro utuntur principatus et libertas. Quae praecipua tua gloria est, saepius uincitur fiscus; cuius mala causa nunquam est, nisi sub bono principe. Ingens hoc meritum: maius illud, quod eos procuratores habes, ut plerumque ciues tui non alios iudices malint. Liberum est autem disceptanti dicere: Nolo eum eligere. Neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis, ut qui scias, hanc esse beneficiorum principalium summam, si illis et non uti licet.*

afligido con anterioridad por una especie de decaimiento o falta de rigor en su aplicación. Al contrario, el derecho vuelve ahora a ser tomado en serio, sin temor a los denunciadores.

Plinio habla a continuación de lo que él juzga más importante: que el Fisco, considerado como algo perteneciente al príncipe, es sometido por él a un fuerte control, lo que se traduce, en el plano jurisdiccional, en que un mismo órgano enjuicia las controversias, conflictos y pleitos entre esa Caja del príncipe y los particulares<sup>4</sup>. Varía tan sólo la mayor categoría de una de las partes enfrentadas. El juez se determina por sorteo y le cabe al particular recusar a quien ha salido en suerte. El príncipe, primer ciudadano, pero también gobernante supremo, o lo que es lo mismo, con máximo poder, pero no incompatible con el principio de libertad republicana<sup>5</sup>. Antes bien, ambos se conjugan través del derecho: en un mismo plano se sitúan aquel y el ciudadano, ante un mismo tribunal arreglan sus diferencias.

Llegado a este punto, Plinio enuncia la cuestión determinante: el Fisco, aun pudiendo ganar siempre, pierde en juicio ante un particular, y no de modo infrecuente, gracias a la voluntad ecuaníme del príncipe que lo permite e incluso alienta<sup>6</sup>. Es más, de esa actitud se imbuyen los propios jueces imperiales, llamados “procuradores”, en quienes sorprendentemente confía la mayoría de los ciudadanos para la resolución de sus propios asuntos con el Fisco; pero es la propia libertad del litigante la que decide en última instancia con respecto a la elección del juez.

El Panegírico de Trajano contiene otros pasajes muy relevantes a propósito del derecho fiscal romano de esa época, pero es este el que, en relación con la regla que pretendemos analizar aquí, expresa el modelo que, andando los siglos, será objeto de atención por los juristas especialistas en el derecho público. No solo. En el siglo XVI,

---

<sup>4</sup> Cfr. Pomp. *l. sing. enchird.*D. 1.2.2.32, donde se dice que fue Nerva el que instituyó un Pretor al que se le encomendó la jurisdicción entre el Fisco y los particulares).

<sup>5</sup> Al menos es lo que la propaganda política de la Casa imperial pretende.

<sup>6</sup> Si bien se mira, esta frase parece favorecer una interpretación contraria a la regla *in dubio contra fiscum* al declarar inicialmente que ninguna causa le es desfavorable al Fisco, para matizar después que solo lo será si el príncipe justo así lo decide (así, METZLER, E. *Zur Problematik der Sätze „in dubio pro fisco” und „in dubio contra fiscum”*. *Untersuchungen zu Beweis- und Auslegungsfragen im Steuerrecht*. Stuttgart : s.n., 1959, 33 y 39-40). Respecto de la locución ‘*ut fisco faueat*’ es fundamental el testimonio de Julio Capitolino a propósito de la vida de Marco Aurelio (SHA. *In uita M. Antonini* 8.5: «*Fisco in causis compendii numquam iudicans fauit*» (en sus juicios, nunca favoreció al Fisco en causas lucrativas), que más allá de la benignidad del príncipe enuncia un criterio de razonabilidad jurídica en relación con los asuntos en que el Fisco persigue un lucro, y no la evitación de un perjuicio. V. también nota 7.

Desde luego, no es aceptable que la justicia quede depositada en la exclusiva voluntad del príncipe. El estudio de las fuentes romanas, como aduciremos más adelante, induce a pensar en un sentido más profundo de la justicia con relación al Fisco.

entre muchos otros, Alciatus<sup>7</sup> verá en el relato de Plinio, aparte de otras sugestivas anécdotas y episodios de príncipes justos y buenos que él refleja, el *quid* explicativo de la regla en cuestión. El poderoso Fisco pierde ante un particular. Se nos antoja recordar a David, tomado como icono representativo de la floreciente ciudad de Florencia, plasmado escultóricamente de modo incomparable por Miguel Ángel, venciendo a Goliat. Por consiguiente, el derecho no tiene por qué consistir en la ley del más fuerte, como es creencia común de muchos, simplista si se quiere, pero movida por el temor que infunde el poderoso en el débil. En verdad, el derecho fiscal romano suministra a este respecto, a pesar de que la instauración de una jurisdicción ordinaria en relación con los pleitos del Fisco fue una experiencia efímera, una de sus más elocuentes e imperecederas lecciones dirigidas a estudiantes y prácticos de derecho, o incluso al común de los ciudadanos, de cualquier época y lugar.

No debe pasar desapercibido en el texto de Plinio la sucesión inmediata de dos ideas fundamentales que parecen hacer de contrapeso la una a la otra: el decoro de las leyes y la satisfacción del interés público. Esto, como lo relativo a la posibilidad de que el Fisco pierda, lo funda, por razones evidentes (e interesadas), el panegirista en la sola condición bondadosa del príncipe. En la doctrina romanística que ha abordado tradicionalmente la cuestión de la naturaleza del derecho fiscal en la Roma imperial, quizás influida por este fragmento y por otros de la literatura latina y aun de la jurídica, se tiende a explicar las soluciones jurídicas que los príncipes, y los juristas haciéndose eco de estos últimos, dan a muy diversas cuestiones en que participa el Fisco, den función del espíritu más o menos liberal de aquellos. Contemplado desde esta perspectiva, el derecho fiscal no escapa de lo político y se convierte en un instrumento más o menos arbitrario, según la actitud del gobernante, que unas veces atiende a la *ratio iuris*, concorde con la equidad pura, y otra a los ingresos que incorporar a las arcas del Estado (primero el Erario, y después, agotado este, al Fisco) para atender a fines públicos perentorios.

De hecho, esta última es una razón de peso en la solución de controversias que aparecen continuamente en los fragmentos; llámense, *commoda fisci* (ventajas del

---

<sup>7</sup> *Parerga iuris libri VII posteriores*, l. VIII, cap. VI, que resume inicialmente con el siguiente título: «*Modestini responsum, quomodo fisco fauendum sit, declaratum*». V. nota 6 respecto del sentido '*ut fisco faueat*' del texto de Modestino.; v. también su comentario a propósito de la ley primera sobre el pago de la dote en el Digesto (Pomp. 15 *Sab. D.* 24.3.1). Aunque citamos esta obra en concreto, la inquietud de Alciato por esta cuestión está presente también en otras, que no consideramos preciso mencionar aquí.

Otros muchos autores, a partir de la Edad Media, han escrito con profusión sobre el tema: Bártolo, Baldo, Cuyacio, Antonio Agustín, Diego de Covarrubias, Peregrinus, Merenda, Menochio, Berger, Stryk... Destaca por su prolija dedicación Turaminius . V. LUCIFREDI PETERLONGO, M.E. *In dubio contra fiscum? Contributo all'interpretazione del passo di Modestino D. 49.14.10*. Milano: Giuffrè, 1942. Vol. XX (*Estratto da Rivista Italiana di diritto finanziario*, Anno VI - Parte I).

Fisco), necesidades públicas, causa fiscal entendida como causa pública, etc.<sup>8</sup>. Es sobre ella sobre la que se sustentan los célebres privilegios del Fisco, que configuran un auténtico *ius singulare* no exento, sin embargo, de su propia *ratio*, de mayor finura que la consabida voracidad fiscal, que no se admite sin crítica en la experiencia del derecho y de la cultura romana. Es verdad que resuenan en materia de tributos principios como el ciceroniano de *Salus populi, suprema lex esto* (leg. 3.8) que parece sancionar una razón de Estado a la que todo debe subordinarse. O la consideración de los tributos, también del Arpinate con ecos en el jurista Ulpiano (Ulp. 8 *off. proc.* D. 48.18.1.20<sup>9</sup>), como “el nervio de la República” (*Manil.* 7.17).

Pero el derecho fiscal no es el fruto de un deseo, más o menos incontrolado, de los príncipes de hacer acopio de recursos con los que financiar sus empresas. Es una institución jurídica que, dejando a un lado el controvertido problema de su personificación jurídica (que parece hoy resuelto en sentido negativo), tiende a ajustarse a derecho en una sociedad y civilización como la romana acostumbrada a respetarlo y a confiar en él. Pero, al tiempo, que abre una nueva perspectiva del derecho caracterizada por el predominio de lo público, entendido este desde el punto de vista material y no de la fuente de normatividad, tal y como Ulpiano reflejará en su conocida distinción entre el derecho privado y derecho público.

La tarea de los juristas consistirá ahora en procurar armonizar científicamente los dos factores enunciados, y crear un derecho razonable que no eluda la primordial finalidad de la búsqueda de ingresos para la satisfacción de las necesidades públicas. A lo largo de la historia, no pocos intérpretes se dejarán llevar por esto último para convertir al Fisco en auténtico Leviatán que aplasta la debilidad del mísero ciudadano que esgrime un simple interés particular<sup>10</sup>. Los autores de derecho intermedio emplearán la expresión “derecho exorbitante”, muy común hoy entre los tratadistas del derecho público actual, para identificar un conjunto de poderes, privilegios o singularidades que tienen en común que se separan *ab orbita iuris communis*, esto es, de la órbita (de ahí la expresión citada) del derecho común.

3.- En los manuales modernos de derecho administrativo y de derecho tributario estas ideas, de origen romano, son moneda común, aunque tienda, en general, a pasarse por alto que proceden de Roma y no de una época posterior. A propósito de las obligaciones administrativas pecuniarias así se expresan Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar

---

<sup>8</sup> LENZ, H. M. *Privilegia fisci*. Pfaffenweiler : Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1994, 14 ss.

<sup>9</sup> «*In causa tributorum, in quibus esse rei publicae nervos nemini dubium est, periculi quoque ratio, quod seruo fraudis conscio capitalem poenam denuntiat, eiusdem professionem exstruat*».

<sup>10</sup> Guido Papa (*Decisiones Senatus Delphin.*, Quaestio 259, Frf. 1573 y 1591; Geneu. 1654 ) denominaba al Fisco «*saccus sine conscientia, qui imbursat omnia male acquisita*».

Olmeda y Herminio Losada González<sup>11</sup>: «Es indudable que muchos de los preceptos contenidos en el Libro IV del Código civil son aplicables a las obligaciones pecuniarias a favor y en contra del Estado o de otra entidad administrativa. No obstante, la peculiaridad que imprime la presencia en la relación jurídica de un sujeto administrativo da lugar a ciertas reglas especiales que deben ser tenidas en cuenta».

Pero cuando los tratadistas del derecho administrativo intentan conjugar el principio, por cierto romano, de *pacta sunt seruanda* con los privilegios de la administración pública, denuncian con frecuencia la escasa atención de aquel principio y la excesiva relevancia que se otorga a la presencia del ente público<sup>12</sup>.

Una atalaya excepcional desde la que contemplar la razonabilidad del derecho fiscal romano proporciona, sorprendentemente, la conocida regla *in dubio contra fiscum (pro fisco)*. Su rastreo que no formulación, como veremos en las fuentes romanas no impide que su cita más frecuente sea realizada por los iuspublicistas actuales, respecto del derecho vigente, que por los romanistas de los últimos decenios. Se suele relacionar con el principio de legalidad tributaria, asentado en todas las constituciones y leyes tributarias de los países en que rige un Estado de Derecho: aquello no determinado por ley y, por lo tanto, de dudosa atribución en un conflicto al Fisco frente a la otra parte, no debe arrogárselo este. Por otro lado, también se pone en conexión con el principio de capacidad contributiva y se dirige en su aplicación a evitar que se conculque a través de distribuciones injustas de la carga tributaria<sup>13</sup>.

Sin embargo, es común la doctrina que afirma que la regla no tiene aplicación hoy en día porque parte de la consideración errónea del derecho tributario como derecho singular en relación con el carácter odioso que el tributo (y el Fisco) tuvo en la Antigüedad<sup>14</sup>, y porque tanto en su versión *contra fiscum* como en la contraria (*pro fisco*) incurre, desde el punto de vista de la interpretación de las normas tributarias, en apriorismos insostenibles<sup>15</sup>. Por consiguiente, según algunos autores, la tarea de quien

---

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H. *Tratado de Derecho Administrativo*. Décimotercera. Madrid: Tecnos, 2012. Vol. II, 36.

<sup>12</sup> OSORIO MORENO, N. D. *Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la Administración Pública: ¿Autonomía de la voluntad o oposición del legislador*, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 10, Bogotá: 2013

<sup>13</sup> GIUDICE, FEDERICO DEL. *Dizionario dei brocardi e termini latini in uso nella prassi forense*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007, s. v..

<sup>14</sup> Respecto de este error de perspectiva de la doctrina del Derecho Tributario moderno con respecto a la Antigüedad, y más en concreto, a Roma y su derecho, v. nuestro trabajo: BLANCH, JUAN M. *Reflexiones en torno al interés jurídico del tributo y del derecho fiscal romano*. [coedd. libro] Fernández de Buján A., Gerez Kraemer, G., Malavé Osuna, B. (coed.). *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*. Madrid: Dykinson, 2011, 115-150.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, se expresan PONT MESTRES, M. y F., PONT CLEMENTE J. *Análisis de la Ley 25/1995 de modificación de la Ley general tributaria (estudio detallado de cada artículo)*.

asume el cometido de interpretar y aplicar el derecho tributario ante una cuestión controvertida o dudosa, antes de atribuirse nada a un sujeto cualquiera, es resolverla legalmente; es decir, recurrir a la ley para colmar la laguna jurídica existente, aunque sigue abierto, a nuestro juicio, sin embargo, el problema: hallar la *ratio* o criterio decisorio que determinará su solución<sup>16</sup>.

A este respecto, se acusa a las fuentes romanas, citando expresamente el texto de Paulo que recoge lo que parece una definición<sup>17</sup> del derecho singular (*ius singulare*) de atribuir esta condición de especialidad o singularidad al entero derecho tributario<sup>18</sup>. Una mala comprensión del derecho romano, motivada en parte por la propia falta de atención de los romanistas, puede haber llevado a esta conclusión, que no le hace justicia a aquel. En realidad, tanto en la doctrina de juristas como en las constituciones imperiales (incluso en las tardías, propias del Bajo Imperio), se halla la afirmación exactamente opuesta: que el derecho relativo al Fisco se rige, por lo general, de acuerdo con el derecho común (*ius commune*), salvo en los casos excepcionales en los que se le reconozcan a aquel determinados privilegios. CTh. *De appellat.* l. ult. C. Th 11.30.68<sup>19</sup>, C. 4.44.3 (Dioceciano y Maximiano, a. 293; sobre la rescindibilidad de la venta y la exigencia de la buena fe<sup>20</sup>), C. 4.53.1 (Seuerus et Antoninus, a. 205; sobre la facultad de enajenar cosas propias de los que gestionan un patrimonio ajeno<sup>21</sup>); C. 10.1.6 (Constantinus a. 319; en materia de prescripción de acciones<sup>22</sup>); C. 10.8.3 (Iustinianus a.

---

Madrid: Civitas, 1995, 22, a propósito del art. 23 de la citada ley española relativo a la interpretación de las normas tributarias.

<sup>16</sup> LENZ, H. *op. cit.* 129 ss.

<sup>17</sup> El célebre texto de Paulo, por otra parte, probablemente no dice qué sea el derecho singular, es decir, no acuña la expresión en sentido técnico. O lo que es lo mismo, no hace de "singular" el adjetivo de derecho, sino su predicado: «singular es el derecho...» -así lo afirma WUBBE, F. *Ius singulare quid sit.* [coedd. libro] Schermaier, M. J.-Végh Z.. *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag.* Stuttgart: Franz Steiner, 1993, 451-469-. Aparte debe añadirse la consideración de que la existencia del derecho singular no impide su propia *ratio* proporcionada aquí por la fuerte presencia del interés público.

<sup>18</sup> MARTÍN QUERALT, J., y otros. *Curso de Derecho Financiero y Tributario.* Décimoquinta. Madrid: Tecnos, 2004, 162.

<sup>19</sup> «...*Salua enim nostrae reuerentia maiestatis ius nobis cum priuatis non dedignamur esse commune*».

<sup>20</sup> «*De contractu uenditionis et emptionis iure perfecto alterutro inuito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est*».

<sup>21</sup> «*Non est interdictum tutoribus uel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro: nam et priuato potuisset*».

<sup>22</sup> «*Iustas etiam et quae locum habent fisci actiones praecipimus concremari ob hoc solum, quod suis temporibus prolatae non sunt. Iam calumniae priuatorum eo saltem arceantur exemplo, quo iustas fisci lites silere praecipimus*».

529; Intereses del Fisco y de los particulares<sup>23</sup>); D. 5.3.20.7-9 (donde se halla el célebre texto de la *uindicatio caducorum* de un tal Rústico<sup>24</sup>, y se adjunta el texto del famoso senadoconsulto Juvenciano del año 129 d. C.; aparecen tres sujetos en el relato: Fisco, ciudades y particulares<sup>25</sup>); Marcian. *sing. de delator*. D. 40.15.1 pr.<sup>26</sup>; C. 11.61 (60).2 (Arcadius et Honorius a. 395; *prata publica - prata priuatorum*<sup>27</sup>); C. 11.72 (71).1 (Theodosius et Valentinianus, .a. 426, única, muy expresiva "cuando surja una cuestión..."<sup>28</sup>)...<sup>29</sup> No se trata pues de la liberalidad de algunos príncipes buenos, o de un hallazgo de la doctrina posterior, sino de un principio consolidado en el derecho romano.

Dejando a un lado la discusión acerca del carácter singular del derecho tributario, el error más apreciable en la moderna dogmática jurídica consiste en haber relacionado con exclusividad al Fisco con el aspecto tributario, es decir, en haber confundido funcionalmente Fisco con tributo. Si la doctrina del Fisco a partir de las fuentes romanas ha influido tanto en el Derecho Administrativo actual (en materia de contratos administrativos) como en el Derecho Financiero y Tributario (en todo lo referente al concepto de tributo, principios tributarios y la obligación tributaria) se debe a que, en origen, el Fisco llevó a cabo, por así decir, una doble actividad que la Jurisprudencia

---

<sup>23</sup> «*Fiscum etiam nostrum parere sanctioni nostri numinis iubemus, per quam usque ad dimidiam centesimae usuras stipulari creditoribus exceptis certis personis permisimus, ut ipse etiam fiscus ultra dimidiam centesimae partem a debitoribus suis minime exigat, sive principaliter ei promiserunt sive a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocumque modo devolutae sunt*».

<sup>24</sup> «*Partes caducae ex bonis Rustici*» (§. 6a). El texto, en su actual tenor, describe la reclamación como para el Fisco, pero originalmente se refería al Erario.

<sup>25</sup> «*Ait senatus: "Cum antequam partes caducae fisco peterentur". Hoc euenerat, ut partes caducae fisco peterentur: sed et si ex asse fiat, senatus consultum locum habebit: idem, et si uacantia bona fisco uindicentur uel si ex alia quacumque causa bona ad eum peruenerunt, senatus consultum hoc locum habebit: 8. Et si ciuitati peteretur. 9. In priuatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit*».

<sup>26</sup> «*De statu defunctorum post quinquenium quarere non licet neque priuatim ne fisci nomine*».

<sup>27</sup> «*Insignis auctoritas tua hac condicione a publicis pratis apamenis animalia militum prohiberi praecipiat, ut universi cognoscantra de emolumentis eorum tuique officii facultatibus duodecim libras auri fisci commodis exigendas, si quisquam posthac memorata prata mutilare temptauerit: non minore decernenda poena, si etiam prata priuatorum antiochenorum fuerint deuastata: ita tamen, ut sine laesione prouincialium prouideant curiales, quo pacto animalium militarium pastui consulatur*».

<sup>28</sup> «*Conductores hominesue augustissimae domus nostrae, quotiens de causa ad domum regiam pertinente aliquid quaestionis emergerit, non aliter quam ex legum ordine, quibus similiter omne hominum genus tenetur, uel excipiant vel inferant actiones: nec aliorum litigatorum negotio intercedant nec sententiam iudicantium aut illicito patrocini sui fomite iura conturbent, nulliue executionis suae turbulentum ministerium audeant commodare: non priuatis se negotiis, non publicis misceant: nec quiescentem domum delatio ulla sollicitet, ne eos inconsultae pertinaciae sero paeniteat. Grauior enim poena constituenda est in hos, qui nostri iuris sunt et nostra debent custodire mandata*».

<sup>29</sup> Un elenco más extenso puede cotejarse en la sutil obra, a la que aludiremos en más ocasiones, del jurista alemán Iohannes Henrich Berger, poco o nada citada por la doctrina, *Enarratio legis X Pand. De iure fisci*, Lipsiae, 1705, 24 ss.

romana y las constituciones imperiales se encargaron de diferenciar jurídicamente: por un lado, la relacionada con los tributos, caracterizados por una fuerte presencia del interés público (observable también a propósito de otros tipos de ingresos); por otro, la realización de negocios, muy a menudo con particulares (también con las ciudades). Respecto de esta última, la anterior imagen de David y Goliat cuadra, en realidad, muy poco con la usual presencia del Fisco, casi como un particular más, en los negocios con otros sujetos. En efecto, en el argot jurídico correspondiente a la época de la Roma imperial se consolida un esquema, que se repite en las fuentes como si se tratara de un molde jurídico establecido, de relaciones negociales entre tres sujetos que, con sus diferencias, adoptan una posición, en buena medida, parificada: el Fisco, los particulares, las ciudades.

Pues bien, uno de los errores de interpretación del célebre pasaje de Modestino, decimos, ha sido ponerlo en relación con la regla '*in dubio contra fiscum*' (o '*pro fisco*') leyéndolo en clave de tributos: «En caso de duda en materia de tributos, debe fallarse en contra del Fisco, esto es, a favor del contribuyente». Idéntica crítica cabe formular respecto de su contraria (*pro fisco*<sup>30</sup>). Probablemente, el fragmento del jurisconsulto que dio pie a esa regla poseía un alcance mucho más amplio y al mismo tiempo menos categórico, como veremos.

4.- Con este problema, tiene que ver, por consiguiente, la regla objeto de nuestro estudio, habida cuenta de la abreviación operada en su tenor que le ha proporcionado el aspecto con el que ha llegado hasta nuestros días: o bien, en su versión más corta, '*in dubio contra fiscum*'; o bien, algo más extensa, '*in dubio magis contra fiscum est respondendum*'<sup>31</sup>. Con esta última, su aproximación al original es mayor. Analicemos el modelo:

Modest. *l. sing. de praescriptionibus* D. 49.14.10: «*Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*».

Aunque es indudable la filiación de la regla con respecto al texto del jurisconsulto Modestino, discípulo, a su vez, del célebre jurista Ulpiano, y perteneciente a la última generación de juristas clásicos que desarrolló su actividad durante la primera mitad del siglo III d. C., saltan a la vista notables diferencias entre las versiones posteriores y el original. Es destacable que la abreviación ya se produce en los Basílicos y que adopta, por primera vez, la forma de regla jurídica: "En las cuestiones dudosas debe enjuiciarse

---

<sup>30</sup> Por cierto, es inadmisibles en latín *pro fisco*\*, como a menudo se lee.

<sup>31</sup> GIUDICE, F. Del, *op. cit.*, s. v.

en contra del Fisco" (*in ambiguis contra fiscum respondendum*, en la trad. latina de Heimbach<sup>32</sup>).

Sin ánimo de realizar aquí un exhaustivo análisis textual, adelantamos nuestra opinión de que las discusiones doctrinales, que han tenido lugar durante el derecho intermedio, moderno y actual acerca de la aplicación de la regla en su versión posterior, se deben a su errónea consideración como regla, cuyo objetivo consistiría en interpretar en contra de los intereses del Fisco todo supuesto dudoso de atribución de derechos en una controversia dada.

Es verdad que los compiladores bizantinos, al redactar el título correspondiente del Digesto, colocaron el fragmento hacia el principio, otorgándole cierta autonomía y relevancia con respecto al resto de fragmentos, y planteando lo que parece una directriz de interpretación doctrinal. Al margen de que lo sea o no, llama la atención la cautela con la que se expresa el jurisconsulto romano, que, sin embargo, no oculta cierta audacia propia del que sabe, y se enorgullece, de la relativa independencia, con respecto al poder político, de su quehacer profesional: no dice, en efecto, que en las cuestiones dudosas deba darse siempre una respuesta contra el Fisco, sino que no cree que "incurra en delito (o "que obre mal")" el que dictamina en ese sentido fácilmente, esto es, de forma inmediata, sin ambages. No lo entendió así la doctrina posterior que se alineó en torno a la regla y se posicionó, o bien, entre sus partidarios, o bien, entre sus detractores. O sea, entre quienes juzgaban que, en función del predominio del interés público, la respuesta ante una cuestión determinada debía ser *pro fisco (ut fisco faueat)*, y quienes, creyendo seguir más fielmente el tenor de la afirmación de Modestino, que debía ser *contra fiscum*.

5.- Modestino redactó el texto objeto de nuestro estudio en el seno de una monografía (*liber singularis*, por lo tanto de un único libro) dedicada a las prescripciones (*praescriptiones*). De esta obra se conservan tan sólo cuatro fragmentos en el Digesto de Justiniano, más un posible quinto en cuya *inscriptio* se hace referencia a un supuesto trabajo de este mismo jurista sobre idéntica materia (prescripciones) perteneciente a un hipotético libro cuarto. Habida cuenta de que el índice florentino sólo alude a la monografía, Lenel en su *Palingenesia*<sup>33</sup> consideró inverosímil que el jurista romano escribiera también una obra en cuatro libros sobre ese asunto. Como dice Schultz<sup>34</sup>, con

---

<sup>32</sup> «*Εν ταῖς ἀμφιβάλοις κατὰ τῶ δημοσίῳ δεῖ ἀποκρίνεσθαι*» (56.2.9; Heimbach V, pág. 154). El verbo griego utilizado *deĩ*, equivalente al *oportet* latino, posee un sentido mixto de conveniencia y deber que no se aprecia del todo en la versión latina, ofrecida regularmente, del, por otra parte, correcto '*respondendum*'.

<sup>33</sup> 723 nota 1.

<sup>34</sup> SCHULZ, F. *History of Roman Legal Science* (Segunda ed.). Oxford: Clarendon Press, 1953, 252-257.

respecto a la época en que escribe Modestino, el género de las monografías resulta relativamente utilizado respecto de temas de escaso tratamiento científico hasta la fecha y por lo tanto poco sistematizados. En este sentido, Amelotti<sup>35</sup> llama la atención sobre la escasez, en el derecho clásico, de obras de una cierta envergadura dedicadas a esta figura jurídica. El término *praescriptio*, por otra parte, aparece aplicado en época imperial, de modo prevalente, a un tipo de remedio jurídico que opera, con referencia a un tiempo determinado, como una especie de excepción a favor del demandado, y que tiene eficacia extintiva o adquisitiva. En un sentido más amplio, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*, la prescripción alude, de un modo genérico, a todo medio de defensa por el que demandado se opone, aduciendo una determinada circunstancia obstativa, a la pretensión del demandante, neutralizándola<sup>36</sup>. De los cuatro fragmentos que se conservan del jurisconsulto romano, tan sólo uno de ellos<sup>37</sup> alude claramente a cuestiones de plazos.

El último de ellos<sup>38</sup> es el que recoge el fragmento que nos ocupa, y del que cabe preguntarse si se refería a la prescripción en sentido estricto o también a la segunda acepción más amplia. También cabe la cuestión de si, con independencia de la materia tratada en la obra, la afirmación del jurisconsulto se formulara en un contexto aún más general. Aquí, de nuevo, se abre el interrogante relativo al ámbito jurídico afectado. Los intérpretes que históricamente se han ocupado de esta cuestión la han conectado con la naturaleza, onerosa o gratuita, del negocio jurídico objeto de controversia en el seno del citado título *De iure fisci* del Digesto de Justiniano (D. 49.14). Así, algunos autores han creído que se refería exclusivamente a supuestos referentes a la obtención de un lucro por parte del Fisco: herencias vacantes, fideicomisos tácitos, etc. La ubicación del fragmento de Modestino, tras la exposición de esos supuestos, respaldaría, a juicio de ese sector doctrinal, esa opinión. Sin embargo, la cita constante en el propio título de negocios onerosos realizados por el Fisco con otras personas (compraventas, arrendamientos, préstamos con interés) impiden aceptar la hipótesis restrictiva. De hecho, no es infrecuente encontrar en las fuentes cuestiones debatidas referentes a negocios entre el Fisco y los particulares u otros sujetos.

Que la materia de la prescripción de las acciones a favor o en contra del Fisco, en el sentido temporal antedicho, era relevante, a pesar de su escaso tratamiento doctrinal específico, lo atestiguan, sobre todo, los testimonios de constituciones imperiales y,

---

<sup>35</sup> AMELOTI, M. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958, 18.

<sup>36</sup> KASER, M-HACKL, K. *miscie Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck, 1996, 487-488.

<sup>37</sup> LENEL, O., *Pal.* 170.

<sup>38</sup> *Ibid.* 172.

haciéndose eco de ellas, de los jurisconsultos. Otro tanto se puede decir que las modernas leyes o de los tratados doctrinales actuales, que reservan un lugar preeminente a esta materia.

A favor o en contra del Fisco opera ya en época imperial el plazo general de veinte años (Macer 2 *pub. iud.* D. 48.17.4.1<sup>39</sup> y Hermog. 6 *i. epit.* 44.3.13 pr.<sup>40</sup>). Con respecto a la *uindicatio bonorum uacantium* se establece, sin embargo, un plazo especial de cuatro años (Ulp. 50 *ed.* D. 29.4.6.7<sup>41</sup>; Pap. 13 *resp.* D. 44.3.10<sup>42</sup> y Call. 1 *iur. fisc.* D. 49.14.1.2<sup>43</sup>) y C. 7.37.1<sup>44</sup> -como señala Amelotti<sup>45</sup>-, que luego se amplía a cinco años (C. Th. 4.15.1<sup>46</sup> (Honorius et Theodosius, año 421). Posteriormente Justiniano pudiera fijar en cuatro años el plazo de ejercicio. En Call. 1 *iur. fisc.* D. 49.14.1.2 se especifica que el plazo empieza a correr desde que comienza a tenerse noticia de que no hay herederos ni poseedor de los bienes<sup>47</sup>.

---

<sup>39</sup> «Ergo et uiginti annorum tempus exinde fisco numeratur, ex quo adnotatio publice innotuit».

<sup>40</sup> «In omnibus fisci quaestionibus exceptis causis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, uiginti annorum praescriptio custoditur».

<sup>41</sup> «Certe si uacantia bona quis possederit et quadriennium praeterierit, indubitate conveniri poterit ex hac parte edicti, quia et omisit causam testamenti et quia ab intestato possedit et quidem sic, ut praescriptione quadriennii tutus sit».

<sup>42</sup> «Intra quattuor annos uacantium bonorum delator facta denuntiatione destitit: post quattuor annos secundo delatori uenienti prior nuntiatio, quo minus praescriptione temporis summouetur, non proderit, nisi prioris praeuaricatio detegatur: quo declarato praescriptio, sed et negotii quaestio peremetur. 1. Quadriennii tempus, quod bonis uacantibus nuntiandis praescriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia uacantium bonorum dinumeratur. Quattuor autem anni post irritum testamentum factum et intestati possessionem ab omnibus repudiatam, qui gradatim petere potuerunt, uel temporis finem, quod singulis praestitutum est, computabuntur».

<sup>43</sup> «Diuus Pius Coelio Amaranto ita rescripsit uacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri idque tempus ex die, quo certum esse coepit neque heredem neque bonorum possessorem exstare, computari oportere».

<sup>44</sup> «Notum est a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis uacantibus inchoandam non esse. Additum etiam est et eos, qui nostra largitate nituntur, nulla inquietudine lacescendos nec his a fisco nostro controuersiam commouendam, qui quoquo modo aut titulo easdem res possederint».

<sup>45</sup> *Op. cit.* 140.

<sup>46</sup> «Post alia: competitorem quinquennii possessor eliminat: debet enim iuxta Constantinianae legis indultum hoc priuilegio petitor arceri, quo fiscus noster excluditur. Quod si quando fortassis emergerit, ordinarios iudices, competitionis obreptione rescissa, tuitionem pulsatis praestare iubemus enixam, quibus tamen lustralis aderit absque interpellatione possessio».

<sup>47</sup> V. los correspondientes textos de anteriores notas en la parte resaltada.

Esta es la explicación que parece más plausible, si bien la moderna doctrina romanística ensayó otras opciones, como informa Amelotti y se ha hecho eco la doctrina posterior: Krüger creyó que el plazo originario era de cinco años basándose en C. 4.61.2 que atribuye este plazo a los supuestos de confiscaciones (*commissa*); y Gradenwitz de un año (v. AMELOTTI, M., *op. cit.*, 140-142). V. también AGUDO RUIZ, A., *La prescripción de las controversias fiscales*, en *Hacia un tratado de derecho administrativo y fiscal romano* (Madrid 2011), 161 ss.

Respecto de cosas vendidas o donadas por el Fisco, el plazo para dirigirse contra él era de cuatro años (C. 7.37.2 -Zeno- y.3 -Iust.-), quedando a salvo de impugnaciones los compradores o donatarios de las propias cosas<sup>48</sup>.

El Fisco, por otro lado, disponía de un plazo de tres años para poder impugnar las sentencias desfavorables a él. Este plazo podría superar ese periodo si se aducía la existencia de prevaricación o de fraude manifiesto (C. 10.9.1<sup>49</sup>, Antoninus a. 212).

De particular interés es C. Th.10.1.3<sup>50</sup> (Constantinus a. 319; =C. 10.1.6), con su inciso final elocuente en contra de los intereses del Fisco, así como el inicial referido a la consunción de las acciones del Fisco. No informa, sin embargo, de un determinado plazo.

Modestino (D. 41.3.18<sup>51</sup>) en el libro quinto de sus *regulae*, a propósito del conocido principio según el cual contra el Fisco no procede la usucapión, se pronuncia en contra del Fisco en relación con los bienes vacantes que no han sido aún objeto de denuncia fiscal. Aquí vemos una aplicación posible de la regla, realizada por el propio Modestino.

Otro testimonio es D. 48.17.5 pr.<sup>52</sup> (del libro 12 de las Pandectas de Modestino) en relación con los bienes de personas buscadas por sus crímenes. Dice el jurisconsulto que los bienes, de acuerdo con lo establecido por mandatos imperiales, se deben consignar de modo que, si vuelven y se limpian, obtengan de manera íntegra su patrimonio; pero si no responden ni tienen quiénes les defiendan, entonces, después del año, los bienes se entregan al Fisco. Modestino, por consiguiente, restringe así una hipotética inmediatez de las pretensiones del Fisco sobre esos bienes.

Así resume Puliatti<sup>53</sup>, no de acuerdo con interpretación de Krüger-Amelotti, el estado de la cuestión: «La prescripción de las acciones tiene duración de veinte años, a excepción de las de los *bona uacantia* que es de cuatro años; los plazos empiezan a correr desde que son reclamables por el Fisco los bienes; la acción que se inicia antes

<sup>48</sup> AMELOTI, M., *op. cit.* 142.

<sup>49</sup> «*Causas, in quibus contra fiscum iudicatum est, intra triennium retractari posse, et post id tempus, si praeuaricatio arguatur vel manifesta fraus probetur, notum est*». V. AMELOTI, M., *op. cit.*, 143.

<sup>50</sup> «*Iustas etiam et quae locum habent fisci actiones praecipimus concremari ob hoc solum, quod suis temporibus prolatae non sunt. Iam calumniae priuatorum eo saltem arceantur exemplo, quo iustas fisci lites silere praecipimus*».

<sup>51</sup> «*Quamuis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen ex bonis uacantibus, nondum tamen nuntiatis, emptor praedii ex isdem bonis exstiterit, recte diutina possessione capiet: idque constitutum est*». AGUDO RUIZ, A., *El principio adversus fiscum usucapio non procedit y la usucapión de los bona uacantia*, en RGDR, IUSTEL, 21, (2013).

<sup>52</sup> «*Mandatis cauetur intra annum requirendorum bona obsignari, ut, si redierint et se purgauerint, integram rem suam habeant: si neque responderint neque qui se defendant habuerint, tunc post annum bona in fiscum coguntur*».

<sup>53</sup> PULIATTI, S.  
Giuffrè, 1992, 231-232.

. Milano:

de que transcurra el plazo de la prescripción puede ser llevada más allá de este; incluso una segunda denuncia se puede presentar al Fisco después de que finalice el plazo de prescripción; en caso de que el denunciante abandone de manera injustificada el proceso o en caso de prevaricación, al denunciante que desiste (de ese modo) le puede suceder otro que inicie un nuevo proceso».

Que Modestino pudo referirse a este ámbito, como se ve, no es descartable ni mucho menos. Insistimos de nuevo en la conocida constitución imperial, poco antes citada, en materia de prescripción de acciones, procedente del emperador Constantino, que refleja, con valor de ejemplaridad, el tratamiento otorgado al Fisco: C. Th.10.1.3 (=C. 10.1.6).

Pero es posible, como decimos, el fragmento del jurisconsulto Modestino, que en realidad es una frase, que los compiladores incluyeron bajo el título *De iure fisci* (y no bajo el relativo a las usucapiones y prescripciones de número), se deba a la intención de concederle mayor relevancia que la de un *obiter dictum*. No se ceñiría, por tanto, a cuestiones de plazos (aunque no deben excluirse tampoco, como hemos visto), y a la intervención del Fisco en negocios lucrativos (*bona uacantia*, fideicomisos tácitos, etc.), sino que también podría abarcar cuestiones relativas a negocios onerosos, citados profusamente en el título *De iure fisci*.

6.- El problema apuntado con referencia a la interpretación del fragmento de Modestino se une a otros no menos importantes: ¿a quién va dirigida? ¿a los juristas exclusivamente o también a otros operadores del derecho? ¿Qué significa “delinquir” en el texto? ¿“Fácil” se refiere a “responder” o a “delinquir”? ¿Qué es una *quaestio* y que significa que sea dudosa?

Creemos oportuno, a este respecto, realizar, con carácter provisional, un breve comentario casi leamático, esto es, voz a voz:

*Non puto*): “no considero”. Este comienzo dista mucho de parecerse a una regla imperativa. Es claramente expresivo de una opinión, no de una orden o de un aserto categórico. ¿Albergaba algún tipo de miedo el jurista respecto de los príncipes bajo cuyo mandato desarrolló su actividad profesional? No lo parece, si reparamos en un segundo y elocuente texto contenido también bajo el título *De iure fisci*. En efecto, el tímido tenor del fragmento 10º llama aún más la atención si se compara con otro texto del mismo autor (D. 49.14.17), por cierto, también de una sola frase, extraído de su libro segundo de las penas: «En suma, se debe saber que la reclamación de todas las penas fiscales se pospone a los acreedores» («*In summa sciendum est omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi*»). La solución que ofrece aquí Modestino es *contra fiscum*. Como se ve, además, no se refiere a una cuestión tributaria. Y lo que más nos importa decir ahora: el enunciado es rotundo. Responde, por otra parte, a un principio lógico, esto es, no regido por el albur del espíritu liberrímo de un determinado príncipe: si

el Fisco reclamó una pena y el acreedor lo que se le debe, es decir, la evitación de un perjuicio, la causa de este último debe ser mejor que la de aquel.

*Delinquere*): “que falta a su deber”. Literalmente significa “que delinque”, esto es, “que comete un delito”. Puede interpretarse más laxamente como referente a un incumplimiento -se entiende, de una cierta gravedad- de la obligación de enjuiciar un supuesto controvertido en el que interviene el Fisco. No parece que se refiera a un delito concreto, si bien Cuyacio, como veremos, puso en relación este comportamiento con los que aparecen bajo el título “De los abogados del Fisco” (*De aduocatis fisci*) en el Código Teodosiano. En todo caso, debe conectarse con el verbo final “responder el” que parece aludir a una actividad dictaminadora.

Así, por ejemplo, nos llaman la atención los dos textos que Dirksen<sup>54</sup> cita en último lugar (con el número 5) en torno a la voz ‘*delinquere*’: D. 2.13.4.5 y FV. 210. En el sentido de incumplimiento de un deber que hace del hecho que sea constitutivo de ilícito, se utiliza el verbo en Ulp. 4 *ed.* D. 2.13.4.5 en relación con la obligación de los banqueros de comunicar las cuentas allí donde desempeñaron su actividad. Relata el jurista el caso en que un banquero haya depositado en una provincia los documentos y en otra haya llevado a cabo la administración del negocio, y argumenta que el hecho de llevar los documentos a otro lugar constituyó ya una primera falta (*hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit*). Como el ilícito pretorio exigía dolo o al menos culpa lata, se podría pensar que tal conducta se ajustaba a ese criterio de reprochabilidad<sup>55</sup>, aunque quizás pudiera ser objeto de discusión. De conceptuarse como un descuido negligente el significado de este inciso sería muy cercano al de “errar” u “obrar mal”, que a continuación veremos. O, en todo caso, la alusión a un comportamiento contrario a derecho sería general<sup>56</sup>.

En efecto, *delinquere* posee también un sentido aún más amplio y, por así decir, menos comprometedor: el de “errar”, “pecar”, “obrar mal”, ... Así lo identificamos -nos parece que de manera evidente- en los Fragmenta Vaticana, más en concreto en el §.

---

<sup>54</sup>DIRKSEN, H. E. *Manuale Latinitatis Fontis Iuris Civilis Romanorum, Thesauri Latinitatis Epitome*. Berlin: 1837.

<sup>55</sup> «*Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, et hoc est constitutum. Quod si instrumentum argentariae in alia prouincia habeat, in alia administrauerit, ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit: hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit. Quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur, minime hoc facere cogitur: nisi descriptum uelis ubi de ea re agitur eum tibi dare, tuis uidelicet sumptibus*».

<sup>56</sup> Tiene razón MARTÍN MINGUIJÓN, A. R. (*Fórmulas Reconstruidas y Acciones in Factum Conceptae*. Madrid: Dykinson, 2001, 58) cuando dice que de este término se puede inducir el carácter penal que poseía el comportamiento del banquero con relación a las cuentas de sus clientes, pero, en concreto, aquí el *deliquit* citado es más amplio y cercano, como decimos, al errar. En este sentido, Volterra (*Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, 1930, 8) ya afirmaba que el verbo aquí utilizado se refería más bien a un acto ilícito en general que al específico ilícito pretorio.

210<sup>57</sup>, a propósito de la *potioris nominatio* en el ámbito de la tutela. Tras expresar los requisitos exigidos para su correcta realización, declara el final que «si acaso ha errado en alguno de ellos, se le concede la facultad de corregir en el plazo de tiempo en el que ha podido nombrar a uno mejor; después no, lo que ha establecido por rescripto nuestro emperador».

La distancia temporal, y de factura, entre los Fragmenta Vaticana y el texto ulpiano es grande. En aquella fuente, el término se usa como “errar” sin más. Sin embargo, respecto de este último, de carácter inequívocamente clásico, el hecho de que albergue un uso no referido a un ilícito concreto, como pueda *prima facie* suponerse, sino que posea un alcance más general, nos puede suministrar un rastro idóneo para no estimar como alternativas excluyentes respecto de la recta traducción del *delinquere* del texto de Modestino, la de “obrar mal”, por un lado, o la de “delinquir”, por otro. Podría el jurista, en efecto, utilizar aquella como alusiva a un comportamiento ilícito en general que debería llevar aparejada una pena<sup>58</sup>.

*Eum, qui ...responderit*): “aquel que haya respondido”. La actividad de *responsa* (dictámenes) es propia de los juristas, de manera que, en principio, el inciso parece reservado a ellos. Sin embargo, no debe excluirse de antemano su alusión también a quienes desarrollan una actividad enjuiciadora, esto es, los jueces. Entre los autores del *ius commune* alcanzó fama la opinión del jurista italiano Antonio Merenda<sup>59</sup>, que optó por la primera posibilidad. Otros muchos no siguieron su camino, sin embargo. La Glosa parece, como en un segundo grado, admitir la referencia a los jueces, y Cuyacio, como hemos dicho, dedica una especial alusión, además, a los abogados del Fisco.

*In dubiis quaestionibus*): “respecto de cuestiones dudosas”. Se refiere a las controversias, causas o pleitos en los que interviene el Fisco (como en los ejemplos anteriormente reseñados en materia de prescripción de acciones) y cuya solución no es

---

<sup>57</sup> «Item. Is qui potiozem nominat libellos debet quaternos dare praetori de plano, quinos pro tribunali, ut epistula diui Marci ad Aemilianum continetur, et dicere, quo iure potiozem nominet, id est gradum necessitudinis et ius cognationis aperte designare; et ideo non sufficit cognatum uel adfinem generaliter dicere, sed debet gradum adicere uel nomen proprium cognationis adfinitatisue designare et ius cognationis exprimere; nec sufficit collegam dicere, nisi in quo collegio addiderit. et si forte in aliquo horum deliquerit, emendandi ei facultas intra tempus, quo potuit potiozem nominare, conceditur, postea non, idque imperator noster... rescripsit». (V. VOLTERRA, E. op. cit. 4).

<sup>58</sup> Interesante es a este respecto el texto de Modestino contenido en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (1.12) por el uso que hace del término *delinquentes* en un sentido general, no aplicable a un delito concreto, pero tampoco asimilable a un “pecar” o “errar” reprochable éticamente pero sin consecuencias penales: *Modestinus libro differentiarum sexto sub titulo de scientibus et ignorantibus generaliter loquitur: Nonnumquam per ignorantiam delinquentibus iuris ciuilibus uenia tribui solet, si modo rem facti quis, non iuris ignoret: quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet. Propter quod necessarium est addita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur. Et reliqua.* (V. VOLTERRA, E. op. cit. 5-6).

<sup>59</sup> *Controversiarum iuris Libri sex, Apud Haeredem Damiani Zenarii, Venetiis, 1625, 182-183.*

cierta, es decir, no es segura. No lo es porque no hay derecho establecido al respecto. Se trata por tanto de *ius controuersum*. En determinadas reglas jurídicas, en vez del término “dudoso” (*dubium*) aparece como “ambiguo” (*ambiguum*), que, en buena medida, pueden considerarse sinónimos, aunque exactamente no lo sean. No todo lo dudoso es ambiguo, aunque siempre es oscuro. La interpretación histórica ha referido la decisión contenida en el fragmento de Modestino a otras reglas, de similar factura, que se orientan a producir el efecto más favorable o menos perjudicial de una determinada disposición jurídica, en conexión con la parte más débil<sup>60</sup>. Pero sobre todo se ha confrontado con la relativa a las dotes (Paul. D. 50.17.85 principio -igual a Digesto 23.3.70-: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*). También aquí se expresa una opinión (“es mejor”) y se habla también de un “responder”<sup>61</sup>.

*Contra fiscum*): “contra el Fisco”. Es decir, en contra de sus intereses. La causa es “mala” para él, en los términos del texto de Plinio antes citado.

*Facile*): “fácilmente”. Esto es, de manera directa, expeditiva, sino poner objeciones. No se refiere, por tanto, a una actitud negligente o “ligera” del intérprete. Antonio Agustín, el célebre humanista español del siglo XVI, decía que, según el jurista Albérico, algunos autores preferían la opción consistente en desplazar el tradicional lugar que ocupa el término en la frase para conectarlo, no con la actividad dictaminadora (o enjuiciadora), sino con el “delinquir” (o “faltar al deber”) antes visto. A la luz del texto de la *littera florentina* que el propio Agustín aportaba de seguido, esta versión no se ha considerado de recibo<sup>62</sup>.

Una traducción provisional, incluyendo todas las variantes, podría ser esta, en consecuencia: «No considero que cometa delito (o “peque” o “falte a su deber”) quien, respecto de controversias de incierta solución, haya decidido expeditivamente en contra del Fisco».

7.- A la vista de lo expuesto, el fragmento puede haber querido decir exactamente lo contrario de lo que la posterior regla abreviada ha pretendido, esto es, que la solución general en las cuestiones dudosas debe ser a favor del Fisco (*pro fisco*), pero que no debe interpretarse como una falta en el ejercicio de su cometido, relativo al enjuiciamiento o dictamen del caso, o quizás incluso como un delito, el comportamiento de quien se muestra abiertamente favorable en contra de los intereses del Fisco. O quizás mejor, salvando esto último, puede que no haya tenido tan siquiera que ver con

---

<sup>60</sup> En este sentido, en relación con los esclavos, se puede interpretar también la decisión de Antonino Pío en el célebre caso del testamento de Valerio Nepote, cancelado en lo concerniente a la institución de herederos, de Marcell. 29 *dig.* D. 28.4.3.

<sup>61</sup> Para su recta inteligencia debe conectarse con Pomp. 15 *Sab.* D. 24.3.1 y con Ulp. 35 *Sab.* D. 23.3.2.

<sup>62</sup> AGUSTÍN, A., *Emmendationum et opinionum libri IIII*, 1, cap. 3, Basileae, 18.

aquella cuestión que no pretendía prejuzgar. En efecto, esa interpretación no está exenta de dificultades. Del tenor literal de texto no se desprende la necesidad de derivar un principio general de interpretación a favor del Fisco<sup>63</sup>.

Pero, como decimos, se ha afirmado también que la declaración de Modestino no tiene que ver con la regla que la doctrina posterior (en su doble versión *contra fiscum* o *pro fisco*) ha extraído. La intención del jurisconsulto romano, según algunos autores<sup>64</sup>, no fue otra que la de emitir un reproche doctrinal ante la creciente legislación imperial en materia impositiva de carácter fuertemente opresivo. Recuerda, a nuestro juicio, la similar finalidad que determinado sector doctrinal asigna a la conocida distinción entre el derecho público y privado, en función de la materia y no de la fuente jurídica, formulada por su maestro, el jurisconsulto Ulpiano.

Por otro lado, al igual que hoy, según decíamos *infra*, se apunta que la regla no tiene sentido porque toda duda debe ser resuelta por el legislador conforme al principio de legalidad que inspira el entero derecho tributario. En este sentido, nos podemos preguntar qué objeto pudo poseer que los compiladores bizantinos intercalaran este texto jurisprudencial que suena discordante con la propia empresa legislativa de emperador Justiniano. En efecto, en la célebre constitución *Si imperialis maiestas* del a. 529 (C. 1.14.12), donde se consagra la llamada "interpretación auténtica", se lee lo siguiente en el final del §. 3 y los §§. 4-5:

«Porque si al presente solo al emperador es permitido hacer las leyes, también el interpretar las leyes debe ser digno solamente de su autoridad imperial. ¿Por qué se recurre a nosotros a propuestas de los próceres, si en los pleitos surge una duda, y ellos no se consideran idóneos o suficientes para decidir el litigio, y por qué oyen nuestros oídos todas las ambigüedades que se presentan a los jueces, y que suelen nacer de las leyes, si de nosotros no dimana la genuina interpretación? ¿O quién parecerá que es idóneo para resolver los enigmas de las leyes, y para aclararlos a todos, sino aquel a quien únicamente está permitido ser legislador? Desechadas, pues, estas ridículas dudas, solo el emperador será justamente reconocido así único legislador, como intérprete de las leyes; sin que por la

---

<sup>63</sup> Aunque, por cierto, obsérvese de paso que por esta vía entre los intérpretes del *ius commune* se ha derivado la regla en la contraria: *in dubio pro fisco*, tal como la reflejan los modernos manuales o tratados de derecho tributario que citan las dos a la vez: *in dubio contra fiscum* e *in dubio pro fisco*. V. también los textos literarios relativos a la expresión '*ut faueat fisco*', citados al inicio.

<sup>64</sup> METZLER, E. *Zur Problematik der Sätze "in dubio pro fisco" und "in dubio contra fiscum". Untersuchungen zu Beweis- und Auslegungsfragen im Steuerrecht*. Stuttgart: s.n., 1959, 44 citando a VANONI, E. *Natura ed interpretazioni delle leggi tributarie*, Padova, 1932, 12.

En esta línea de pensamiento, aunque con diferencias, v. sobre todo LUCIFREDI PETERLONGO, M.E. op. cit.), un trabajo injustamente poco citado.

presente ley se derogue nada respecto a los autores del antiguo derecho, porque también a ellos les concedió esto la majestad imperial»<sup>65</sup>.

El supuesto de base (texto resaltado), las dudas de los jueces en los pleitos planteados ante ellos, puede cuadrar en parte con el del fragmento de Modestino. De hecho, la constitución puede ayudar a sostener la referencia a ellos, sin ser concluyente, y no exclusiva del jurisconsulto.

La orientación de sentido de uno y otro texto parece, sin embargo, opuesta. Si la constitución aboga por que sea el emperador el que resuelva las dudas, Modestino exculpa al intérprete o aplicador del derecho que falle o decida contra el Fisco. Es verdad, sin embargo, que en la constitución se especifica que la intervención del emperador se produce cuando los jueces no se sientan idóneos o suficientes para decidir. Parece que esa falta de idoneidad la apreciarán -alude a un examen subjetivo del operador judicial- conforme a la entidad de la duda y del interés implicado, y tendrá en consideración el riesgo de una decisión poco meditada. Desde luego, la sentencia sería apelable.

Este asunto puede relacionarse con el antedicho de la magnanimidad imperial, y, concretamente, con la de Justiniano, esto es, con la manifestada preferencia del príncipe por intereses privados antes que del Fisco. Muy conocida es la declaración de Justiniano en su famosa constitución C. 6.51.1., del año 534 d. C., inserta como ley única bajo el título '*De caducis tollendis*' que, en su párrafo 14a, reza así:

«Porque hay en nosotros tanta clemencia, que sabiendo que también nuestro Fisco es llamado el último a la reivindicación de los bienes caducos, sin embargo, ni a él lo hemos perdonado, ni utilizamos el privilegio de Augusto, sino que consideramos que lo que en común les aprovecha a todos ha de ser preferido a la utilidad de nuestros bienes privados, estimando imperialmente que la propia conveniencia de nuestros súbditos es la nuestra».

Por su parte, la novela 160.I habla de un igual tratamiento para el Fisco y para las ciudades:

«..., y es necesario que nosotros cuidemos igualmente tanto del Fisco como de

---

<sup>65</sup> «*Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur et sese non esse idoneos uel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurritur et quare ambiguitates iudicum, quas ex legibus oriri euenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? uel quis legum aenigmata soluere et omnibus aperire idoneus esse uidebitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? 5. Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante ueteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit*».

las ciudades...».

En sentido contrario, se expresa, sin embargo, Justiniano en C. 7.37.4 (del año 531) con su singular razonamiento en favor de un privilegio imperial: «Pues, ¿por qué los que con sus consejos y sus afanes trabajan de día y de noche en pro de todo el orbe de la tierra no habrían de tener prerrogativa digna de su condición?<sup>66</sup>».

Sostenemos aquí que no es la mera liberalidad de los príncipes, por tanto, un criterio arbitrario, el factor clave que presta base justificativa a sus decisiones “contra el Fisco”, aunque ellos aprovechen esas valiosas ocasiones que la legislación les proporciona para satisfacer también sus propios fines propagandísticos, sino de una labor secular jurisprudencial e imperial de conformar a derecho la entera actividad del Fisco. Se hizo de modo casuístico. No se trata, por tanto, de la instauración de un principio general de interpretación y de aplicación del derecho *pro fisco* o *contra fiscum*, sino de advertir en cada caso, en cada problema o cuestión planteada la correcta solución jurídica.

Naturalmente, el criterio del interés público pesaba mucho en las decisiones, pero, como decimos, se percibió de modo nítido la necesidad de distinguir entre los diversos actos en los que participaba el Fisco. En el derecho común, inspirados en el material jurídico proporcionado por el derecho romano, se diferenció entre actos gratuitos y onerosos para advertir la razonabilidad intrínseca de las diferentes soluciones ofrecidas para cada caso. Así, por ejemplo, según apunta la diferente naturaleza de un negocio dado en el que intervenía el Fisco, se considera que no es lo mismo que el Fisco, en un litigio determinado en el que se plantea una cuestión dudosa, busque lucrarse a costa de la otra parte, que pretenda evitar un daño. El mismo criterio, con diferentes combinaciones en relación con el Fisco, se puede aplicar al particular enfrentado a este en un supuesto: primer caso: el Fisco busca lucrarse a costa de la otra parte; segundo caso: el Fisco pretende evitar un daño y el particular obtener una ventaja o lucro; tercer caso: el Fisco y el particular persiguen un lucro; cuarto caso: el Fisco y el particular pretenden evitar daños respectivos<sup>67</sup>.

A estas disquisiciones contribuye la doctrina del propio Modestino a través de un texto (Mod. 2 *poen.* D. 49.14.17), antes referido, donde se expresa, además, de un modo categórico: «En suma, debe saberse que la reclamación de todas las penas fiscales se pospone a los acreedores». Mientras que el Fisco busca inferir un castigo a un sujeto, los acreedores aspiran a recuperar lo suyo, es decir, evitar un daño. En este asunto triunfan

---

<sup>66</sup> «*Qui enim suis consiliis suisque laboribus pro toto orbe terrarum die noctuque laborant, quare non habeant dignam sua praerogativam fortuna?*».

<sup>67</sup> Así estructura lo. Hen. Berger su *Enarratio legis X Pand. Iure de fisci*, Lipsiae, 1705.

estos últimos. A propósito de esta situación, Papiniano 3 *respon.* D. 49.14.37<sup>68</sup> la reconoce como derecho establecido, por tanto, pacífico («Lo que se ha admitido de que no debe reclamarse una pena a favor del Fisco más que después de haber cobrado los acreedores lo que se les debía...»). Sin embargo, matiza que eso no significa que el Fisco deba ser tratado peor que los demás: «quiere decir -continúa el texto- que, respecto a esa pena, no se ejercite el privilegio contra los acreedores, pero no que el Fisco pierda el derecho común de los particulares». En otras palabras, el Fisco debe recibir lo que se le debe en cada caso (se diría que conforme al razonable criterio del *suum cuique tribuere*)<sup>69</sup>.

Con independencia de esto, como hemos visto en la nota a pie de página anterior, no creemos que el fragmento 10 del *De iure fisci* del Digesto de Justiniano deba interpretarse exclusivamente en clave impositiva. Aparte del *tributum soli* de los diferentes impuestos imperiales, el Fisco (que progresivamente se sustituyó al Erario) obtenía ingresos de otros muchos modos: a través de la reclamación de los *bona uacantia, caduca, ereptoria, damnatorum*,...; También a través de ventas y arriendos de bienes, préstamos, etc. La *ratio* que rige la solución de los conflictos planteados con los particulares en estos últimos casos dista mucho de ser la misma que la relativa a las reclamaciones por deudas tributarias. Por consiguiente, tampoco el derecho romano en esta materia pretendió ofrecer una solución apriorística (a favor o en contra del Fisco), como a veces se le reprocha, sino que consideró oportuno discutir lo más justo en cada caso. Sólo a través de un estudio pormenorizado de los casos que plantean las fuentes, que, habida cuenta de las dimensiones de este trabajo, no puede ser abordado aquí, podría demostrarse cumplidamente lo que sostenemos. No obstante, podemos examinar algunos ejemplos:

A) Así, en el propio título *De iure fisci* se plantea el controvertido problema de la compensación de deudas entre el Fisco y los particulares (bien conocido de los expertos en derecho administrativo y derecho tributario). Lo vemos en Hermog. 6 *iur. epit.* D.

---

<sup>68</sup> «*Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperauerint, eo pertinet, ut priuilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune priuatorum fiscus amittat*».

<sup>69</sup> Véase, por ejemplo, Paul. 2 *decret.* D. 32.27.2: «*Iulianus Seuerus decedens institutis quibusdam heredibus alumno suo quinquaginta legauerat eaque a Iulio Mauro colono suo ex pensionibus fundi debitis ab eo praestari uoluerat eidemque Mauro quaedam legauerat: cum de hereditate fiscus quaestionem mouisset, iussu procuratoris Maurus pecuniam fisco soluerat: postea heres scriptus optinuerat fiscum: alumno autem mortuo heres eius fideicommissum ab herede Mauri petebat. Placuit imperatori non uideri eius fidei commissum, sed demonstratum, unde accipere posset: et ideo heres Seueri haec praestare debet*». Se trata de un interesante caso en que el emperador hace justicia con respecto a una suma debida, correspondiente a un fideicomiso, que el Fisco se había cobrado con carácter previo en una causa *de hereditate* (es decir, nada relativo tributos sino a la titularidad de una herencia) promovida por él, pero en la que, al final, resulta ser vencido por el heredero instituido.

49.14.46.4-5<sup>70</sup>. Es muy ilustrativo, además, por la distinción que opera en función de la naturaleza de la deuda excluyendo de la posibilidad de la compensación a los tributos y estipendios, el precio de lo comprado por el Fisco y lo debido por este en virtud del suministro o abastos públicos (*annona*). Como vemos, dejando a un lado estos dos últimos supuestos, las deudas tributarias no son compensables, pero prácticamente todas las demás lo son<sup>71</sup>.

El párrafo cuarto declara que «quien opone al Fisco una compensación, debe probar lo que se le debe a él en el plazo de dos meses». Y el quinto alude al derecho imperial que establece como principio general el de la compensabilidad de las deudas fiscales, con excepción de los supuestos antes citados. ¿Cómo no ver aquí, por cierto, en la reflexión romana a propósito del Fisco, el origen de la cuestión, e incluso de la solución, que, a través de la tradición jurídica, pasa a las legislaciones modernas relativas al derecho administrativo y al derecho financiero y tributario, y es objeto de análisis doctrinal? Como se observa, en el caso de los tributos (y estipendios), así como en el caso del precio de lo comprado por el Fisco y de los suministros, desde el punto de vista del razonamiento jurídico la decisión del derecho romano es claramente *pro fisco*. Sin embargo, no dejan de ser excepciones a la regla general que es la contraria a una situación de privilegio.

Esto no significa que la determinación en los demás casos sea *contra fiscum*, y que esta se haga depender -como venimos insistiendo- del ánimo liberal, pero sujeto a cambios de humor, de los príncipes. La relación del texto no deja lugar a dudas: se trata de derecho establecido y consolidado, surgido probablemente de infinidad de casos en los que se vio involucrada la actividad comercial del Fisco con la de los particulares<sup>72</sup>.

B) Otro elocuente caso puede hallarse en el citado título *De iure fisci*, concretamente en el fragmento 6º pr.<sup>73</sup>, cuyo comienzo es de factura clásica aunque quizás no el resto<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> «*Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet. 5. Ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributoria et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptae et quod ex causa annonaria debetur*».

<sup>71</sup> AGUDO, A. Revista General de Derecho Romano Iustel. *La compensación en las obligaciones ex contractu entre particulares y fisco*. (RI §413528). [En línea] 20 de junio de 2013. [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413528](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413528). RINAUDO, A. La compensazione "adversus fiscum" nelle fonti giuridiche severiane ed epiclassiche. *Teoria e storia del diritto privato. Rivista Internazionale on line*. [En línea] 2014.

<sup>72</sup> V además Ulp. 64 ed. D. 16.2.12; Paul. 3 decret. D. 16.2.24. En una decisiva constitución imperial (de indeleble recuerdo hasta nuestros días o su enorme influjo posterior), C. 4.31.14 (a. 531), Justiniano establece como requisito para la efectiva compensación de las deudas entre los sujetos afectados, el de la liquidez: «...*si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata...*».

<sup>73</sup> «*Fiscus cum in priuati ius succedit, priuati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur: ceterum posteaquam successit, habebit priuilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an uero posteaquam conuenit debitorem, an posteaquam relatum est inter*

Dice que cuando el Fisco se subroga en el derecho de un particular, ejercita el derecho de ese particular con respecto al tiempo anterior a su subrogación. Solo respecto del tiempo posterior a la subrogación -añade- «tendrá su privilegio»<sup>75</sup>.

8.- A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos ensayar una nueva aproximación al célebre fragmento de Modestino que venimos comentando, procurando distinguir lo que, a nuestro juicio, constituyen errores de interpretación que dificultan el recto entendimiento del texto, de otras cuestiones oscuras o de difícil solución.

Un primer error que ha cometido la doctrina actual, al seguir de cerca la interpretación ofrecida por el derecho común, repetida de manera incesante hasta nuestros días, es restringir el alcance del fragmento al estricto ámbito del derecho tributario, y vincular la afirmación del jurisconsulto romano a la supuesta consagración de la regla contra fiscum o la contraria (*pro fisco*)<sup>76</sup>.

Como hemos visto, la afirmación del jurisconsulto puede ser entendida de diversas maneras, tanto a favor como en contra del Fisco, o con independencia de esta cuestión. El jurisconsulto romano se refería, no obstante, al Fisco y a su entera, y variadísima, actividad. Por tanto, tampoco restringida a actos lucrativos, como algunos históricamente han querido desprender de su ubicación en el referido título *De iure fisci* (tras supuestos de reclamaciones de herencias y de fideicomisos tácitos, sobre todo).

Resulta difícil atribuir el recto sentido del fragmento de Modestino habida cuenta del propio hermetismo de su tenor. Tiene razón Lucifredi<sup>77</sup> cuando pone el acento sobre tres palabras clave del texto: *delinquere, facile y responderit*.

Literalmente el texto declara: «no considero que cometa delito el que, respecto de cuestiones dudosas, haya respondido fácilmente contra el Fisco».

Hemos hablado anteriormente del tenor moderado, no rotundo, de la declaración. Se trata de un parecer prudencial, no de una regla categórica.

*Dellinquere*, entendido como delinquir o cometer delito, no resulta del todo claro. Puede ser entendido también como “pecar”, “faltar al deber” o simplemente como “errar”

---

*nomina debitorum, quaeritur. Et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breuiore debeantur, ex quo venit certum debitorem et confitentem. At in priuilegio uarie rescriptum est: puto tamen exinde priuilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est».*

<sup>74</sup> CERAMI, P. 'Contrahere cum fisco'. *Annali del Seminario Giuridico Della Università di Palermo*, 1973, págs. 346-347.

<sup>75</sup> Cfr. C. 10.8.2 (Alex. Seuerus a. 224): «*Si sub pignore creditum fuit, etiam fiscum, qui successit in locum debitoris, usuras praestare oportet, si eas dependi saltem pacto placuit*. El Fisco aquí debe intereses de la deuda que ha asumido; y Paul 7 *l. lul. et Pap. D. 35.1.60.1*: «*Fiscus iisdem condicionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum quod relictum est peruenit, sicut etiam cum suo onere hoc ipsum uindicat*» (al Fisco le afectan las condiciones de la persona de la que trae causa).

<sup>76</sup> V. especialmente LUCIFREDI *op. cit.*

<sup>77</sup> *Op. cit.*, 26.

(este último, en un sentido amplio, ético incluso). De hecho, estas últimas acepciones, no correspondientes al sentido jurídico técnico del citado verbo, no son infrecuentes en el derecho postclásico<sup>78</sup>. Puede apreciarse -como vimos- incluso en textos del derecho clásico, como en Ulp. 4 ed. D. 2.13.4.5, refiriéndolo a un ilícito en sentido general. Como un simple "errar" u "obrar mal", pero sin consecuencias penales, o más ampliamente, sin responsabilidad, aparece en F. V. 210 a propósito de la *potioris nominatio*.

Si se considera que se trata de un delito o ilícito, debería precisarse cuál y de qué naturaleza (civil o penal) es. Pero, también, entendido de modo difuso, podría indicar una conducta ilícita que llevaría aparejada una o diversas sanciones. No sería, por tanto, un simple "obrar mal".

La comprensión del termino '*delinquere*', por otro lado, no puede realizarse de modo aislado con respecto a los otros dos en juego. Veámoslo:

'Facile' es un adjetivo que cumple aquí una función adverbial. Se relaciona con *respondere* en el texto, aunque -como ya dijimos- según una conocida *Emmendatio*, anunciada por el humanista español Antonio Agustín citando a Albérico, que a su vez hablaba de otros autores, que eran propiamente los que formulaban esta hipótesis, cabría relacionarlo más bien con el *delinquere* anterior.

Puede significar aquí diversas cosas: en primer lugar, expedito, directo, inmediato; en segundo lugar, temerario, hecho a la ligera, apresurado; en tercer lugar, en algunas traducciones aparece como "propenso", "inclinado a". Esta última traducción tiene el inconveniente de que cuadraría si el adjetivo se hiciera concordar con el sujeto actor (por tanto, *facilis*, y no *facile*).

La versión de la que daba noticia Agustín (sin ser suya, como a veces se pasa por alto) se ha rechazado, aunque el sentido que adoptaría la declaración de Modestino sería muy evidente: «no considero que incurra fácilmente en delito (o que yerra) el que, en cuestiones dudosas, ha respondido contra el Fisco».

Examinemos, pues, la versión ordinaria. La traducción podría ser la siguiente, según las diferentes acepciones apuntadas del término *facile*:

«No considero que incurre en delito (o que yerra) el que, en cuestiones dudosas, ha respondido contra el Fisco:

-de modo expedito»;

-temerariamente»;

-La tercera versión sería de este tenor: «...el que, en cuestiones dudosas, se ha mostrado favorable a responder contra el Fisco». El inconveniente de esta última, ya lo hemos mencionado, a pesar de su indudable persuasión, es el antes

---

<sup>78</sup> Volterra E. *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, 1930, pp. 32.

citado de la concordancia del sujeto con el adjetivo, pues este debería referirse a aquel.

De las dos primeras acepciones, la que más nos convence es la primera<sup>79</sup>. Nos preguntamos, en efecto, cómo se puede decir de alguien que ha juzgado temerariamente, esto es, de forma apresurada y sin atender a las circunstancias del caso, que su conducta está libre de reproche o, incluso, exonerada de responsabilidad. Sin embargo, sí se puede realizar esta valoración con respecto al que emite su juicio contra el Fisco de forma decidida y directa, esto es, sin oponer objeciones, sin ofrecer resistencia a través de argumentos que paralicen, neutralicen o, aún más, se opongan a la pretensión de la parte contraria al Fisco. Recuérdese el título de la obra de Modestino, sobre las prescripciones, y el significado amplio que este último término adoptó en el derecho imperial. Si se reclama contra el Fisco y no se aducen argumentos para su defensa, se allana el camino para la parte contraria. Esta conducta no tiene por qué implicar responsabilidad, parece afirmar el jurisconsulto.

Analicemos ahora el tercero de los términos: '*respondere*'.

Como hemos visto, su sentido puede variar según que el adjetivo *facile* se haga depender de él (que es la hipótesis canónica) o no. En las fuentes jurídicas, aparece de modo prevalente con el significado de "dictaminar", y constituye la actividad principal de los juristas (junto con la de *cauere* y *agere*) en relación con los casos a ellos planteados por los consultantes, que aspiran a recibir una solución jurídica, esto es, una respuesta o *responsum*, a ser posible satisfactoria a sus intereses.

Una significativa línea doctrinal histórica ha apoyado esta interpretación, que parece conforme con el argot técnico de un jurista clásico, como es Modestino<sup>80</sup>. La Glosa, en efecto, trae aquí a colación el fragmento 1. 2.8 de las Instituciones de Justiniano<sup>81</sup> (que los compiladores extrajeron de Gai 1.7) que define, en el marco de las fuentes del derecho romano, los *responsa prudentium* como aquellas opiniones de los juristas (llamados entonces "jurisconsultos" propiamente) que gozaban de la licencia o permiso que los príncipes les daban para dictaminar públicamente. Esto significaba que su autoridad era tal que no le era lícito al juez apartarse de la opinión jurisprudencial emitida en esas condiciones. El sentido, naturaleza y alcance de ese *ius publice respondendi ex auctoritate principis* no deja de ser conflictivo en la doctrina romanística actual, pero, al

---

<sup>79</sup> A diferencia de Lucifredi que prefiere la segunda. Berger también optó por la primera.

<sup>80</sup> Así Merenda, y más recientemente Lucifredi.

<sup>81</sup> «*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum*».

margen de esta cuestión nos preguntamos por la de la presunta responsabilidad del jurista por un dictamen erróneo.

Ya Arangio Ruiz, ante este problema, hablaba de una mera "responsabilidad moral" del jurisconsulto<sup>82</sup>. Pero, es verdad que los juristas, ya desde la época de Adriano, forman parte del Consejo del príncipe y ocupan cargos con potestades jurisdiccionales. Como funcionarios integrados en el orden jerárquico establecido por el emperador pudieron, pues, quedar sometidos a su potestad sancionadora, tanto por lo que llamaríamos responsabilidad civil (es decir, por el daño que al Fisco ocasionaría una decisión errada), como por responsabilidad penal (por ejemplo, por malversar fondos públicos, por prevaricar, etc.)<sup>83</sup>.

La Glosa apunta, en segundo lugar, la posible inclusión de los jueces como destinatarios del verbo *respondere* utilizado por Modestino. Aduce el texto de Ulpiano 1 ed. *aedil. curul. D. 1.3.13*<sup>84</sup> en que, citando al jurista Pedio, se habla de la posibilidad de suplir, cuando una ley ha introducido algo, todo aquello que «tiende a una misma utilidad, bien a través de la interpretación o de la jurisdicción (*uel interpretatione uel certe iurisdictione suppleri*)». El jurisconsulto alude aquí a la analogía. Sin embargo, la mención de la *iurisdictione* tiene que ver más con la concesión *ad exemplum* de acciones útiles e *in factum* del magistrado<sup>85</sup>, que con la actividad propiamente juzgadora. No cabe

---

<sup>82</sup> ARANGIO-RUIZ, V. *Historia Del Derecho Romano (trad. de la segunda ed. italiana por Francisco De Pelsmaeker e Iváñez)*. 4th ed. Madrid: Reus, 1980, 334. Sobre responsabilidad de los funcionarios v. VARELA, C. *El Estatuto Jurídico del Empleado Público en Derecho Romano*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Dykinson, 2007, 351 ss. En especial, además, *pro manuscripto* QUINTANA ORIVE, E. *Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano, dirigida por los Profs. Antonio Fernández de Buján y Juan Miguel Alburquerque*. Madrid: 2012.

<sup>83</sup> Se suele citar a Modestino como el último jurista en recibir el *ius publice respondendi*. Al tiempo se alude a él como jurista de inferior calidad con respecto a la generación anterior a la suya, y desde luego con respecto a su maestro Ulpiano. Aun siendo esto verdad, su reputación en vida no fue escasa. Lo demuestra, por ejemplo, el rescripto de Gordiano del año 239, a propósito de la acción exhibitoria, en que el emperador exhorta al consultante a que tome en debida cuenta la respuesta *-responsum est-* de Modestino, conforme a su probada autoridad científica: «*Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*». El giro que utiliza el príncipe para el elogio a Modestino se configura como lítote: "de no despreciable autoridad jurídica" (*non contemnendae auctoritatis iuris*) quizás con sentido irónico, lo que amplificaría la intensidad del encomio.

Después de su muerte, por otra parte, su aureola de jurista reconocido le llevó a formar parte de uno de los cinco miembros de primordial alegación de la célebre Ley de Citas. V. VIARENGO, G. *Studi Su Su Erennio Modestino: Profili Biografici, Collectanea Graeco-Romana 7*. Torino: Giappichelli, 2009. También de la misma autora VIARENGO, G. *Studi Su Erennio Modestino: Metodologie e Opere Per l'Insegnamento Del Diritto, Collectanea Graeco-romana 11*. Torino: Giappichelli, 2012.

<sup>84</sup> «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum uel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, uel interpretatione uel certe iurisdictione suppleri*».

<sup>85</sup> FERRINI, C. *Manuale Di Pandette*. Milano: Società Editrice Libreria, 1904, 37 nota 2.

duda, sin embargo, que una y otra requieren de una labor de interpretación previa que conduzca a la aplicación prevista por la ley a casos nuevos en los que se advierta una razón común.

En ese mismo título, por otra parte, se recoge un célebre texto del jurista Celso (9 *dig.* de D. 1.3.24) que consagra la necesidad de interpretar en el conjunto de una ley, o sistemáticamente, es decir, no de forma aislada, una disposición contenida en ella: «*Inciuille est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare uel respondere*». Es significativo el binomio, *in fine*, que utiliza para referirse a una genérica actividad de interpretación y aplicación del derecho: *iudicare uel respondere*. Que son tareas distintas es evidente, y, por tanto, no parece fácil, en principio, que el término utilizado por Modestino se refiera también a la actividad judicial de emisión de sentencias. Podría serlo sólo si se considerara que responder lo utiliza de un modo genérico que engloba al juzgar, o que, refiriéndose en sentido estricto a la labor dictaminadora, no descartara su aplicación a los jueces. Esto último tendría que ver con el contexto concreto que la frase de Modestino se formuló, que no es posible averiguar con total certeza.

Al hilo de esto último, y en conexión con la naturaleza controvertida de las cuestiones en la frase enunciada por Modestino, es oportuno traer a colación la tarea de interpretación aclaratoria realizada por los órganos jurisdiccionales superiores respecto de las dudas que les planteaban los inferiores, calificada como de *respondere*. Así, Ulp. 5 *off. procon* D. 5.1.79.1<sup>86</sup> respecto de los *praesides* a propósito de las consultas que les elevaban los jueces *de iure dubitantes*, o Ulp. D. 1.16.6.2<sup>87</sup> sobre el deber de los legados de consultar (*consulere*) antes a su procónsul que al príncipe, y la obligación por parte de aquel de *respondere* a las consultas de aquellos (*ad consultationes legatorum*)<sup>88</sup>.

¿Acaso Modestino se refirió exclusivamente a esta actividad dictaminadora encomendada a cargos con funciones jurisdiccionales, y no a la propiamente juzgadora? Pero, si un juez albergaba dudas acerca del derecho aplicable, es razonable pensar que sería propio de su obligación consultar al órgano jerárquicamente superior antes que dictar una sentencia que pudiera ser calificada de errónea (o temeraria). Ese juez podría incurrir en responsabilidad civil o incluso penal, como hemos visto. La constitución

---

<sup>86</sup> «*Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, uerum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae uel ambitionis tribuit*». Las consultas deben acerca del derecho aplicable, no de los hechos. En el texto, el *respondere* de los gobernadores a propósito del derecho aparece luego expresado, respecto de los hechos, como *consilium impertire*.

<sup>87</sup> «*Legatos non oportet principem consulere, sed proconsulem suum, et is ad consultationes legatorum debet respondere*».

<sup>88</sup> Recuérdese, en relación con este asunto, lo dicho *supra* a propósito de la interpretación auténtica de Justiniano.

célebre de Justiniano es el colofón de la legislación imperial al respecto. Que Modestino aludiera también a la actividad encaminada a dictar sentencia podría deducirse de todos los casos contenidos en la compilación justiniana en los que se refleja un controvertido conflicto de intereses entre el Fisco y la parte contraria. Sin embargo, como decimos, sólo forzando la interpretación del verbo *respondere* se puede alcanzar este resultado, largamente admitido, aun no sin voces discordantes, por el derecho común, medieval y moderno.

En tercer lugar, aparece concernida una tercera categoría de sujetos, los abogados del Fisco (*aduocati fisci*). El célebre humanista Cuyacio<sup>89</sup>, con la finalidad de obtener la recta comprensión de la ley 10ª del *De iure fisci* del Digesto de Justiniano, remite al título *De aduocatis fisci* del Código Teodosiano (10.15) en el que se albergan tres elocuentes constituciones del emperador Constantino que conectan, en efecto, con el presente asunto, pero, además, con el general, debatido aquí desde el principio, de la justicia en las controversias planteadas entre particulares y el Fisco, y de la recta labor de los agentes a su servicio.

Esto último se refleja claramente en la primera de ellas (del año 315)<sup>90</sup> en la que, como en equilibrio, se establece como propio de la función de los abogados del Fisco «no ocultar las ventajas fiscales» (que luego en la *interpretatio* se traduce como un obrar negligentemente<sup>91</sup>, si bien el verbo “ocultar” parece referido más bien a una acción dolosa), pero también no promover denuncias falsas (calumnias) contra los particulares (hay que entender, tanto dolosa como negligentemente).

Añade la constitución que, de no hacerlo así, se arriesgan a sufrir una pena que, sin embargo, no se especifica. Ya Godofredo intuyó que podría aludir a ella, en conexión con este supuesto, la disposición *in fine* contenida en el propio Código Teodosiano 10.8.5<sup>92</sup> de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III del año 435, y que, con algunas modificaciones, se incorporó, siglos más tarde, al Código de Justiniano

---

<sup>89</sup> En sus *Notae solemnes* a la Compilación Justiniana, Francofurti, 1598, *Ad Lib XLIX. Digest.*, 403.

<sup>90</sup> «*Fisci aduocatus, poenam metuens, caueat, ne fiscalia commoda occultet, neue, nullo negotio existente, fisci nomine priuatis audeat calumnias commouere*».

<sup>91</sup> «*Hi, qui fisci nostri commoda uel utilitatem tumentur, hanc debent custodire mensuram, ne negligentes circa ea, quae nobis iure debentur, existant, et ne prouincialibus calumniatores, dum aliquid ab iis iniuste fisci nomine repetunt, approbentur*».

<sup>92</sup> «*... Nam si quid per fraudem in dispendium aerarii fuerit admissum, missi quidem executores, non uitante indignationem proconsule, parte facultatum dimidia multabuntur: fisci uero patronus detrimentum, quod uitio eius fisco ingeritur, resarcire urgebitur aut si litem improbe cuiquam intenderit, redhibitione sumptuum damnorumque cohercebitur, petitores autem bonorum omni petitionis emolumento carebunt*».

(10.10.5)<sup>93</sup>. En realidad, más que de una pena, la citada constitución habla de la obligación de resarcir los daños por culpa suya haya ocasionado al Fisco, y añade: «O si ha entablado litigio de forma ímproba contra cualquiera». Este inciso no aparece en el Código de Justiniano por la razón de que los abogados del Fisco no poseían ya la legitimación procesal pertinente.

Resulta interesante este hallazgo porque confirma el primer tipo de responsabilidad (es decir, por daños) de la que hablábamos antes.

La segunda constitución de Constantino<sup>94</sup> (del año 334 ) perteneciente al título 15 del libro 10 del Código Teodosiano es asimismo relevante. Se refiere al supuesto en el que el príncipe ha encargado sucesivamente a varios abogados del Fisco la defensa de sus intereses. No es el criterio de la prioridad temporal ni el de la mayor disposición para la defensa de los intereses del Fisco el que rige aquí para elegir al más idóneo, sino el basado en la rectitud de comportamiento por parte del abogado del Fisco, unido a su solidez como defensor de sus intereses conforme, también, a los documentos sobre los que apoya sus argumentaciones. El inciso inicial es de sobra conocido -a él hemos aludido al comienzo de este trabajo- porque refleja dignamente la intención del príncipe: *etsi potior aput nos priuatorum causa est quam fisci tutela...*<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> «...fisci uero patronus detrimentum quod uitio eius fisco ingeritur resarcire urgebitur» (es decir, sin alusión al *litem improbe intendere*).

<sup>94</sup> «*Etsi potior aput nos priuatorum causa est quam fisci tutela, praecipimus tamen, si a nobis plures defensacula fisci meruerint, eum praeponi ceteris, qui melior innocentia, potior litteris, pollentior reliquis examinata fide esse noscetur, etiamsi post alios hoc beneficium a nostra clementia reportauit*».

<sup>95</sup> Es oportuna la cita (tal y como hace Godofredo en su comentario) de la carta que envía el rey Teodorico al abogado del Fisco, Marcelo, citada por Casiodoro (*Var.* 1.22), donde se vuelve a reflejar el espíritu de los príncipes ecuanímes a partir del testimonio del Panegírico de Trajano con el que hemos iniciado nuestro artículo y que constituye un *leit motiv* a través de la historia:

[3] «*Sume igitur fisci nostri tuenda negotia, in utendis officii tui priuilegiis decessorum exempla secuturus. ita ergo per medium iustitiae tramitem moderatus incede, ut nec calumnia innocentes graues nec iustis petitionibus retentatores exonerer. illa enim luca vera iudicamus, quae integritate suffragante percipimus. non ergo quotiens superes, sed quemadmodum uincas, inquirimus. [4] Aequitatem nobis placiturus intende: non quaeras de potestate nostra, sed potius de iure uictorias, quando laudabilius a parte fisci perditur, cum iustitia non habetur. nam si dominus uincat, oppressionis inuidia est: aequitas uero creditur, si supplicem superare contingat. non ergo paruo periculo causas dicimus, quando tunc fama nostra proficit, cum se commoditas iniusta subducit. quapropter sit interdum mala causa fisci, ut bonus princeps esse uideatur. maiori quippe compendio perdimus, quam si nobis indebite uictoria suffragetur*».

La evidente paráfrasis de la *mala causa fisci* y del *bonus princeps* citada al final adopta un sentido diferente, irónico, en boca del rey ostrogodo: «hace falta que, de vez en cuando, la causa del Fisco sea desfavorable para que parezca bueno el príncipe». En efecto, le es contraproducente: la lesión a la imagen del príncipe le acarrea más daño, que beneficio le proporciona la injusta victoria del Fisco obtenida en una determinada causa. Andando los siglos, una similar, e igualmente conocida, respuesta, pero sin resabios, dio el rey español Felipe II al presidente del Senado, Velasco: «sabe jurista, y anúncialo así al Senado, que en las cuestiones dudosas se debe resolver contra mí» (F. M. Constantini, *Discursus unicus De officio procuratoris fiscalis*, Romae, 1745, art. III, 33-34, citando a otros autores).

La tercera de las constituciones<sup>96</sup> del citado título del Código Teodosiano (del año 340) es también muy instructiva porque define la actividad de los abogados del Fisco como una defensa de la *fides* acompañada de la verdad (*fidem cum ueritate tueri*), y describe como conducta contraria, la del engaño producida por la actividad colusoria con la otra parte, calificada al final del texto como de prevaricación en un sentido muy amplio y difuso<sup>97</sup>.

Podemos deducir, pues, del comentario de estas tres constituciones que los dos crímenes típicos de los sujetos intervinientes en asuntos del Fisco son, por tanto, los relativos a la calumnia y prevaricación.

9.- Concluimos, por consiguiente, que Modestino debió de referirse a conductas reprochables jurídicamente cuando hablo de "delinquir", aunque es posible que lo hiciera de modo general sin aludir a un ilícito concreto. Resulta difícil, en segundo lugar, ampliar el pensamiento del jurisconsulto más allá la actividad dictaminadora de los juristas, a la que debería añadirse la de los órganos jurisdiccionales de carácter superior a consultas de sus inferiores, por causa del carácter técnico del verbo *respondere*. Es decir, no parece que ningún otro sujeto involucrado, de uno u otro modo, en la actividad jurisdiccional pudiera verse comprendido en semejante labor dictaminadora. El ejemplo de los *aduocati fisci*, sin que pueda precisarse, como decimos, que se consideren incluidos por Modestino, posee valor indiciario, en cuanto a la regulación sancionatoria, respecto de otros sujetos.

La interpretación posterior, en todo caso, vio necesaria la ampliación del círculo de destinatarios de la regla a un ámbito mayor subjetivo. Lo hizo, quizás, desvirtuando el pensamiento el jurisconsulto. Fue en los *Basilicos* donde se halla la primera y radical transformación de la frase jurisprudencial en la auténtica regla: «En las cuestiones dudosas se debe resolver contra el Fisco».

La declaración de Modestino pudo no tener incluso que ver con la regla que se derivó a partir de ella. No parece además que se restringiera al ámbito tributario, ni a los actos gratuitos del Fisco.

---

Por otro lado, como plasma de forma admirablemente concisa el comienzo del texto reseñado, la tarea del abogado del Fisco consiste en un recto *'tueri negotia fisci'*, es decir, en velar por los asuntos del Fisco. Es destacable que la tercera constitución del título 10 del código Teodosiano emplea también ese mismo verbo para referirse a la actividad de defensa del abogado del Fisco. Y esto se lleva a cabo con la utilización diligente de los privilegios anejos (actuación prudente), ejercitando la justicia (actuación lícita), sin emprender acciones calumniosas contra inocentes (actuación honrada), así como sin exonerar a los que retienen sin razón lo que corresponde al Fisco haciendo valer su derecho mediante peticiones justas (actuación diligente).

<sup>96</sup> «*Patroni fiscalium commodorum fidem cum ueritate tueantur, ne, si forte intra praescriptas causae cognoscendae metas fiscus aliqua circumscriptione fuerit irretitus, collusionis fraude uulgata ex eorum facultatibus recuperet, quidquid calliditate praeuaricationis perdidit*».

<sup>97</sup> PROVERA, G. *op. cit.* 170. AGUDO A. *op. cit.* 136.

Es preciso revisar la idea de que el derecho del Fisco se configuró según los impulsos del ánimo más o menos liberal de los príncipes.