

¿ALBA DE CONSTITUCIONALIDAD?

I. A esta decimoquinta edición de los *Seminarios complutenses de Derecho Romano*, se nos ha pedido que traigamos cuestiones constitucionales antiguas y modernas. Para cumplir con mi parte en ese encargo he escogido intentar un comentario a dos leyes que pertenecen al legado de la Antigüedad tardía, concretamente al mundo bizantino y al visigótico. Pero tal decisión no quiere decir que haya optado solo por apelar a la vía de la erudición sobre el mundo antiguo. Además de eso me parece que interpretando esas fuentes se puede unir pasado y presente, pues el comentario nos lleva por sí mismo a cuestiones que son tan modernas como antiguas.

Pienso que en el documento de Bizancio se observa la voluntad política de orientar radicalizadamente la utilización del patrimonio público romano, hacia el principal provecho del interés privado de la casa imperial, poniendo así fin, en el siglo VI, a una actitud institucional y a una práctica jurídica que habían sido observadas por Roma durante siglos, al mantener que el patrimonio imperial debía atender a soportar el espacio financiero público. En contraste, en el texto visigótico se aprecia la intención de no utilizar esa innovación bizantina.

En todo caso sugiero que la diferencia inspiradora que separa un precepto de otro, tiene algo que ver con el alborear de una constitucionalización, pero precisando que hablo más exactamente de una utopía, pues cuando escribo *constitucionalización*¹ esa palabra significa para mí, yendo mas lejos del horizonte kelseniano,

· Publicado en, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XV, ed. Servicio de publicaciones facultad de Derecho, Madrid, 2004.

¹ Hablaré en éste ensayo de «constitucionalización», así como también de «constitucionalidad». Aunque lo primero sería, en lo que me parece uso correcto del lenguaje, el camino hacia lo segundo, emplearé alternativamente varias veces ambas expresiones.

el esfuerzo de artesanía jurídica realizado por configurar el Estado por medio de reglas perdurables de Derecho que puedan considerarse justas mucho más allá de la vida de quienes las promulgan. Ese contenido conceptual se mantendrá fijo en este escrito, de modo que *constitucionalización* significará en él, en todo momento, exactamente eso y no otra cosa de las que pueden encontrarse en los textos de ciencia político-jurídica.

Ese planteamiento suscita problemas varios, tres de los cuales al menos, aparecen inmediatamente. ¿Cuáles son?: dejar algo a un lado el legado de Kelsen para primar el de Welzel; hablar de *Estado* allí donde muchos exigen decir «forma política» y sobre todo, partir de categoría tan escurridiza como lo utópico. Conozco bien que las razones por las que se me esgrimirán reparos a partir de esas tres líneas de ideas se apoyarán en argumentos antiguos y actuales, sostenidos por prestigiosos autores. Pero entiéndase también que, aun respetando como el que más la herencia de los grandes maestros, no esté dispuesto a aceptar esas barreras en la libertad de reflexión. No admito que la técnica de lo jurídico o las convicciones generalizadas de los especialistas agoten las posibilidades para «otro modo» de ver las cosas.

La experiencia nos descubre que la perfección técnica, por acuñada que esté, es de suyo materia blanda como la cera caliente ante los cambios dogmáticos. El límite que puede venir impuesto a cualquier reflexión jurídica por parte de las estructuras técnicas consolidadas en la liturgia del oficio jurídico, es débil. Por mi parte, aquí, y en general en cualquiera de mis escauceos jurídicos, me sitúo muy cerca de las reglas de Hans Welzel cuando reconsideró las problemáticas aceptabilidades de ciertas zonas del pensamiento de Hans Kelsen². Eso me ha llevado a dibujar un perfil muy poco kelseniano para la *constitucionalización*, como acaba de leerse.

Por otro lado los criterios comunes, no por reiterados, descubren siempre genes de certeza. En demasiadas ocasiones están empachados de rutina. De ahí que no me impresione demasiado la convicción tantas veces expresada, acerca de que no existe *Estado* antes del *Estado moderno*. Sé muy bien que a la ciencia jurídico-política se debe la creación y acrecentamiento de una imponente doctrina y que entre sus dogmas, emerge aquella convicción, defendida por algunos ilustres hermeneutas y recibida por una gran masa de expositores que, aunque no le añaden calidad, sino sólo cantidad, difunden la imagen de que no existe otra visión correcta. Si aceptase esa opinión general, de ningún modo pensaría en perseguir los inicios de lo aquí definido como *constitucionalización* en fuentes muy anteriores a la configuración del Estado de la modernidad. Todo lo más plantearía alguna alusión, quizás erudita, pero en términos muy indirectos.

² H. Welzel, «El problema de la validez del Derecho (una cuestión límite del Derecho)», en «G. Radbruch, E. Schmidt, H. Welzel; *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid (Aguilar) 1971, pp. 73 y ss., la traducción e introducción es de J. M. Rodríguez Paniagua.

He dejado claro en otros lugares que no comparto argumentos ni conclusiones de la referida opinión común³. Manifestada ya esa postura en su día y lugar, no es cuestión de repetir ahora ninguno de los elementos que la integran. Baste con resumir que, para mí, los orígenes del *Estado* se sitúan en los momentos en que se concibe en sede jurídica la existencia de intereses generales que la comunidad política privilegia para tutelarlos con preferencia sobre los intereses particulares, disponga o no de la plenitud de medios necesarios para hacerlo. Como puede fácilmente advertirse, el espacio conceptual e historiográfico en el que me sitúo corresponde al diseñado por autores como Georg v. Below, o Marco Scovazzi. El primero sostuvo, frente a Otto v. Gierke, que la existencia de una sola prestación de los súbditos en la Edad Media inspirada en la satisfacción de intereses generales, permitía sostener la existencia de un Estado, el medieval, aun cuando también pueda probarse que, simultáneamente, se dieron otras prestaciones, solo justificadas en conveniencias de liderato, clase o grupo⁴. El segundo señaló la existencia de análogos planteamientos en ciertos comportamientos germánicos arcaicos descritos por Tácito⁵.

Como entiendo que el concepto de *constitucionalización* que utilizo inicia su andadura desde el momento mismo en que es perceptible (dentro del sentido general de orientación que se imprime a las instituciones estatales) la intención de hacerlas funcionar sincronizadamente hacia la efectividad de esa tutela de intereses generales, hablaré aquí de esa concepción de *constitucionalización* en tiempos muy anteriores al Estado moderno. Solo pretendo exponer con claridad lo que a mí me sugieren en ese contexto las fuentes que he escogido, dejando para otros decidir sobre su exclusión o recepción en el Arca de la Alianza del constitucionalismo científico⁶.

Debo añadir que la presencia o no del concepto al que aludo y de esa orientación hacia él, es manifestada por las fuentes históricas, con más fuerza que en los discursos teóricos, si revelan datos concretos inspirados en la idea de disponer las actuaciones político-jurídicas a favor de la referida tutela de intereses generales.

³ Cfr., los pasajes correspondientes de mi *Historia del Derecho español*, Madrid (UCM), 1999, dos vols.

⁴ G. v. Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, Leipzig (Quelle y Meyer), 1914, pp. 32 y ss.

⁵ M. Scovazzi, *Le origini del Diritto germanico. Fonti, preistoria, Diritto pubblico*. Milan (Guiffirè), 1957, pp. 251 y ss.

⁶ Otra dificultad, de mucha menor calidad desde luego, pero algo incómoda, viene presentada por la atmósfera poco fecunda en que desgraciadamente se encuentra instalada hoy la mayor parte de la investigación histórica de lo jurídico. Abundan quienes pretenden sostener una apariencia de investigadores respetables exhibiendo unos devaluados mecanismos repetitivos de metodologías y horizontes trasnochados que tampoco manejan con solvencia. No tiene sentido pensar en diálogos con esas gentes. Desearía obtener algún eco entre los pocos que, sobrenadando en esas aguas, realizan esfuerzos de mejor textura, pero no es fácil. Muy frecuente es que se empantanen en reiterar, casi a martillazos, viejos dogmas que, si dejaron establecidos desde hace décadas criterios válidos (nadie lo niega si algo sabe de esa especialidad científica) están hoy necesitados y mucho del complemento de nuevos horizontes. Tal conservadurismo, a veces inconsciente, hace que cualquier búsqueda de éstos sea replicada con el sonsonete de la reconducción, a veces bien forzada, a las viejas convicciones.

Dentro de esa forma de presentarse los hechos, los investigadores encuentran casi siempre lo más significativo mirando hacia las actuaciones públicas en materia financiera o militar, es decir lo que, abstractamente, suele designarse como «medios del Estado».

Conforme a las ideas de v. Below o de Scovazzi, no es necesario sin embargo que esas actuaciones sean las predominantes en la forma política de que se trate para que se las pueda calificar de «Estados». Dicho de otro modo, de «alba de la constitucionalización del Estado», se podrá hablar cuando sea posible percibir una tensión para aplicar los medios citados en tutela de intereses generales. Por eso los dos paradigmas que he escogido examinar aquí se refieren a la administración financiera pública.

La evocación inicial de éstas líneas a una «utopía de la constitucionalización» no es un melancólico signo de imposibilidad. Me atrevo en cambio a sugerir, como una pauta que debería añadirse a las señaladas por Lübtow⁷, que existe una ley histórica de realización progresiva de las utopías. Se piensa en general que no es así, porque, una vez señalada cualquiera de ellas, la Humanidad, generación tras generación, tiene que atravesar, para aproximarse a ella, un camino largo y meandrinoso, como lo describió Hegel. En ese espinoso recorrido se debilita aquélla conciencia de ruptura con su propio tiempo que distinguió al primer proponente. Avanzada la ruta, se produce una familiarización cada vez mayor con el destino deseado, desvaneciéndose la calificación de utópico otorgada en el primer vislumbre del objetivo planteado. Pero siempre lo utópico se va realizando en la percepción de los honestos, aunque haya que seguir luchando por incrementar su impregnación social.

Por eso mismo «la demanda de la constitucionalización»⁸, como la del Santo Grial, ha sido una de las más fascinantes y difíciles experiencias de lo utópico. Esta última se ha conseguido en la razón de muchos, al comprender que sólo existe una verdadera salvación para los humanos, la adquisición individual de la paz con la propia conciencia.

Nuestra utopía diríase dibujada en dos grandes espacios históricos de realización progresiva. Uno, el inicial, se extiende mientras la maquinaria estatal, a veces complejísima, es dirigida a la protección de intereses generales, pero siempre dentro del marco de lo considerado conveniente para la comunidad política, tomada como referente último de la acción del Estado. Otro, el más contemporáneo, es ya perceptible cuando ese marco de referencia finalista es sustituido por el de la dignidad del ser humano, lográndose el cimiento doctrinal que soporta el modelo de Estado social de Derecho. Y ya, nada más que decir sobre esto.

⁷ Cfr., mi libro citado sup., en nota 3, pp. 88 y ss.

⁸ Reitero que la palabra «constitucionalización» está empleada aquí solo en el estricto sentido que le he dado en el párrafo tercero de éste escrito.

Debo indicar ahora que mi reflexión, apoyada en la clásica hermenéutica del tratamiento de fuentes para extraer sus dogmas, específica del iurishistoriador, debe rendir un tributo inicial a la figura de uno de los más grandes profesionales de la ciencia histórico-jurídica del siglo XIX, Félix Dahn, autor de estudios⁹ sobre los dos ambientes jurídicos a los que voy a referirme, trabajos hoy olvidados en gran medida, desde luego demasiado apresuradamente en el mejor de los calificativos, ya que están ejecutados con una intensa atención a los medios de conocimiento y estructurados en hipótesis concebidas desde ahí con un estimable rigor lógico.

II. El primer paradigma a considerar aquí en relación con la constitucionalización, es el representado por una ley del año 531 recogida en el *Codex Iustinianus*, 7, 37, 3, conocida, como es usual, por sus palabras iniciales *Bene a Zenone*. Fue promulgada seis años después del matrimonio en 525 de Petrus Sabbatius, que ese era el verdadero nombre del sobrino de Justino, con la actriz Teodora, hasta entonces especializada en espectáculos pornográficos que ha sido minuciosamente descritos por Procopio¹⁰.

Como enseguida diré, esa ley representa para mí la culminación del proceso de destrucción de la constitucionalidad que había sido alcanzada en Roma al distinguir entre *aerarium populi romani* y *fiscum Caesaris*. Ya Teodoro Mommsen señaló, en polémica con Hirschfeld, la ruptura inicial de ese sistema desde el Principado, apoyándose, no solo en la conocida afirmación de Ulpiano: *res fiscales quasi propriae et privatae principis sunt* (*Digestos*; 43, 8, 2, 4), sino en pasajes de la *Vita Hadriani*, o de Tácito. Pero también reconoció que se trataba en líneas generales de una política según la cual el emperador subvencionaba con su propia fortuna las cargas públicas que asumía. Para decirlo en términos de Jacques Derrida, lo que Justiniano hará, aparece en ese proceso, ya sea como ápice de la «dissémination» institucional (o si se prefiere, como muestra de «destrucción») y su texto es el siguiente:

El Emperador Justiniano Augusto, a Floro, conde de los bienes particulares y administrador de la casa imperial y a Pedro, ilustre varón, administrador de la

⁹ F. Dahn, *Prokopius von Cäsarea. Ein Beitrag zur Historiographie der Völkerwanderung und des sinkenden Römertums*. Berlin, 1865 y *Die Könige der Germanen. Das Wesen des älteren Königtums der germanischen Stämme und seine Geschichte bis Auflösung des karolingischen Reiches. Nach den Quellen dargestellt*. Leipzig, 1885, segunda edición.

¹⁰ En sus *Anécdota*, o *Historia arcana*, o *Historia secreta*; IX, 20-23. Existe una traducción anotada y comentada española, por J. Signes Codoñer, en el volumen 279 la serie «Biblioteca clásica Gredos», Madrid, 2000, donde puede leerse el pasaje en la p. 204. Dados los conocimientos jurídicos de Procopio, especialmente aplicados por él en sus críticas a Justiniano, es de lamentar que en una traducción y anotación tan cuidada como esa no se haya contado con la colaboración de algún experto en Derecho romano que hubiese podido aportar, en pocas páginas, un índice de las fuentes jurídicas utilizadas por Procopio, que constituyen unos datos muy necesarios para calibrar la exactitud de sus juicios sobre el emperador, en general más fiables de lo que tópicamente suele reconocérsele. Ese reparo no solo afecta a este volumen de la citada Biblioteca Gredos, sino que, desafortunadamente, parece ser un rasgo buscado por los editores, sin comprender que devalúa una serie tan útil por otros conceptos.

santa casa de la serenísima Augusta, y a Macedonio, ilustre varón, administrador de la misma casa imperial.

Bien dispuso (*el emperador*) Zenón (*el Isaurio, 474-476*) de santa memoria, respecto de las enajenaciones fiscales que, si surgiese alguna dificultad (*en ellas*), ya fuese por motivos de evicción, ya por causa de otra perturbación relativa a propiedad o a hipoteca, no se promueva ni en lo más mínimo acción alguna contra compradores, donatarios o adquirentes (*que estuviesen*) amparados por cualesquiera títulos de enajenación, para que no sufriesen ninguna pérdida los sujetos que recibiesen algún bien de nuestro erario por vía de donación, compra, u otro título de enajenación. De modo que solo se puede actuar contra el erario durante un cuatrienio. Transcurrido ese plazo, no subsiste ya acción ni siquiera contra el fisco (*esa constitución de Zenon, la ley 'Omnes qui quascumque', que se resume correctamente, aparece recogida en el mismo 'Código de Justiniano' 7, 37, 2, precediendo a la 'Bene...'*).

Pero sabemos que, si bien se observa estrictamente eso en las enajenaciones fiscales, no se observa la regla del mismo modo respecto de los bienes que proceden del patrimonio imperial privado y no de los bienes fiscales. Lo cual es excesivamente irracional, pues ¿qué diferencia aparece, si se entiende que todo (patrimonio) es del príncipe, cuando se enajena algo que es de su fortuna (propia) y lo que es de (*naturaleza*) fiscal? Del mismo modo, si se enajenase algún bien por la serenísima Augusta ¿por qué no ha de disfrutar de la misma prerrogativa, sino que nuestros administradores, por los que gobernamos nuestro patrimonio, han de añadir en las ventas de bienes, tanto la (*garantía*) de evicción como las demás, que son pactos para la utilidad privada? O (*por qué han de*) reconocerse algunas de tales garantías en los instrumentos de enajenación e igualmente en las permutas o transacciones que pudieran celebrarse?

Pues (*crear*) eso (*así*) es propio de los que desconocen la majestad imperial (*e ignoran*) cuanta distancia hay entre la cúspide regia y la condición de los particulares, así como (*de los que*) intentan amedrentar con insultos y daños a nuestros administradores por los que se gobiernan nuestras divinas casas.

1. (*Nos*) segadores de todo eso, sancionamos por esta ley general de validez perpetua: Permanezcan sin inquietud alguna todas las enajenaciones ordenadas desde la corte, ya sea por nuestra clemencia, ya por nuestra cónyuge la serenísima Augusta, ya por los que en el futuro fuesen dignos del nombre imperial, tanto si los bienes les fuesen adjudicados por nos mismo, como por administradores a orden nuestra. Y nadie se atreva a llevar a juicio, o a esperar que se les abra alguna vía contra estos, cuando reciban de ellos (*bienes*) ya muebles, ya inmuebles, o semovientes, derechos incorporales, rentas civiles, bajo cualquier título enajenatorio. Sea excluida semejante petulancia de todo impulso y esperanza.

2. Solamente ostenten (*los eventuales reclamantes*) durante un cuatrienio, por analogía con el fisco, aquellas acciones, reales o hipotecarias, que estimen convenientes a su derecho, de modo que se sustancie por nuestro mandato y alcance el resultado adecuado. Cuando el cuatrienio se agote, nadie tenga acción alguna contra nuestra casa.

3. Como sabemos que, tanto nos mismo, como la serenísima Augusta nuestra esposa, ya hemos donado, vendido y asignado bajo diversos títulos muchos bienes a

personas diferentes, sobre todo a sacrosantas iglesias, asilos de peregrinos, hogares de pobres, obispos, monjes y otras personas innumerables y que idéntica liberalidad se ha practicado con bienes nuestros y de nuestra serenísima cónyuge, sancionamos que esos (*beneficiarios*) tengan con firme derecho cuanto obtuvieron, de modo que no se esgrima acción alguna contra ellos, aunque durante un cuatrienio, desde el día de hoy, quede abierta la posibilidad de interponer acciones sobre aquellos bienes, sabiendo que, concluido dicho cuatrienio no se reservará reclamación alguna contra nuestras casas.

4. Habiendo merecido (*recibir*) por fortuna la Augusta muchos privilegios, tanto en donaciones que tienen toda su fuerza, aunque no estén inscritas, como en los bienes que circunstancialmente donó el serenísimo príncipe a la divina Augusta a lo largo de constante matrimonio, y también lo que (*el emperador*) obtuvo de la serenísima Augusta a título de donación, quede todo eso como donación plena, sin esperar ninguna consolidación por el paso del tiempo, en virtud del privilegio imperial. ¿Acaso los que trabajan día y noche asesorando y trabajando por el mundo entero, no han de tener prerrogativas dignas de su condición?

5. Por tanto pues lo dictado por nuestra eternidad en honor de Augusto y en seguridad de los beneficiarios, apresúrense a observarlo tanto tu sublimidad como la de todos los demás jueces, valiendo desde el mismo momento en que por voluntad imperial recibimos la supremacía. [27 de Noviembre 531; *Código de Justiniano*; 7, 37, 3]¹¹.

¹¹ El texto latino es como sigue, según la edición crítica de P. Krüger, Berlin (Weidmann), 1914. La traducción es mía y las palabras añadidas (entrecorridas y entre paréntesis) lo han sido para hacer lo más fluida posible la lectura del precepto. También he dividido el segundo párrafo de la introducción y he subrayado la frase central de toda la constitución, tanto en latín como en español. Imp. Iustinianus A. Floro comiti rerum privatarum et curatori dominicae domus et Petro viro illustri curatori divinae domus serenissimae Augustae et Macedonio viro illustri curatori et ipsi dominicae domus.

Bene a Zenone divae memoriae fiscalibus alienationibus prospectum est, ne homines, qui ex nostro aerario donationis vel emptionis vel cuiuslibet alienationis título quicquam accipiunt, si quid circa contractum contrarium emerit vel evictionis vel alterius inquietudinis gratia ad dominium vel hypothecam respiciens, aliquid sustineant detrimentum: sed adversos emptores quidem vel donationem accipientes vel per alios titulos alienationis quicquam detinentes minime quaecumque actiones moveantur, sed tantummodo contra aerarium usque ad quadriennium tantum, quo translapso neque adversus fiscum remaneat aliqua actio.

Sed scimus hoc quidem in fiscalibus alienationibus naviter observari, sed non simili modo rem fuisse observatam circa eas res, quae a sacratissimis imperatoribus non a fiscalibus rebus, sed ex privata eorum substantia procedunt. Quod satis inrationabile est. quae enim differentia introducitur, cum omnia principis esse intellegantur, sive a sua substantia sive ex fiscali fuerit aliquid alienatum? eodemque modo et si a serenissima Augusta aliquid alienetur, quare non eadem utatur praerogativa? sed curatores nostri, per quos solemus substantiam nostram gubernare, necesse habeant in venditionibus rerum et evictionem et alia quae sunt privatae utilitatis pacta emptionalibus instrumentis addere vel quasdam tales obligationes in alienationum instrumentis agnoscere vel in permutationibus vel in transactionibus, si et hoc fuerit celebratum?

Hoc enim est eorum, qui nec maiestatem imperialem agnoscunt et quantum inter privatam fortunam et regale culmen medium est. et nostros curatores, per quos divinarum domuum aguntur, aliquibus iniuriis vel damnis adficere conantur.

Inicialmente resulta que se trata de una disposición dotada de un amplio carácter retroactivo (punto 5) que parece poder alargarse no solo al momento inicial del imperio de Justiniano propiamente dicho, sino incluso hasta los anteriores días en que gobernó efectivamente, aunque bajo el manto de su tío Justino.

Su objetivo consiste en dejar las manos libres, no solo al emperador Justiniano, sino al matrimonio imperial (puntos 1, 2, 3, y 4) para realizar, sin correr riesgo alguno de anulabilidades jurídicas, cuantos negocios económicos considerasen posibles, tanto con sus propios bienes como con el patrimonio de la Corona, así como para sanar en raíz los que hubiesen realizado hasta ese quinto día anterior a las calendas de Diciembre del año 1284 «ab urbe condita», que era el segundo del consulado de Póstumo Lampadio y Rufo Genadio Probo Orestes, es decir el 531 del cómputo cristiano.

Para ello se extiende al patrimonio particular de la pareja imperial una precedente ley zenoniana, la *Omnes qui quascumque*, según la cual el tráfico jurídico de bienes públicos, realizado por particulares después de obtenerlos al amparo de cualesquiera títulos en los que pudiesen existir vicios invalidantes del negocio realizado, daba lugar a entablar acción contra el fisco mismo, pero sin que las personas privadas

1. Quae omnia rescantes per hanc generalem et in perpetuum valituram legem sancimus omnes alienationes de aula procedentes, sive a nostra clementia sive a serenísima Augusta cónyuge nostra sive ab his, qui postea digni fuerint nomini imperiali, sive iam alienatum quid est sive postea fuerit, sine omni inquietudine permanere, sive res eis per nosmet ipsos sive procuratores, ex epistalmate tamen nostro, fuerit adsignatae. Et memo audeat eos, qui res accipiunt per quemcumque titulum alienationis sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia, vel panes civiles, iudiciis adficere vel sperare aliquam contra eos esse sibi viam apertam, sed omnis aditus excludatur, omnis motus et spes huiusmodi petulantiae.

2. Sed adversus domus nostras habeant, intra quadriennium tamen, secundum imitationem fisci, quas existimant posse sibi competere actiones in rem vel hypothecariam, ut ex nostra iussione causa moveatur et competentem mereatur effectum. quod si quadriennium fuerit emensum, nec adversus nostram domum habeat quis quamcumque actionem.

3. Quia igitur multa scimus tam nosmet ipsos quam serenissimam Augustam coniugem nostram variis personis iam donasse et vendidisse et per alios titulos adsignasse, et maxime sacrosanctis ecclesiis et xenonibus et ptochotrophis et episcopis et monachis et aliis innumerabilis personis, et eandem liberalitatem ex nostra substantia sive serenissimae coniugis nostrae esse confectam, sancimus etiam eos firmo iure habere quod consecuti sunt, ita ut contra illos quidem nulla moveatur actio, intra quadriennium autem ex praesenti die numerandum pateat omnibus aditus contra nostras divinas domos suas actiones super isdem rebus movere, scituris, quod praefato quadriennio finito neque adversus nostras domos aliquis eis reservetur regressus.

4. Cum enim multa privilegia Augusta fortuna meruit et in donationibus sine insinuatione gestorum omnem firmitatem habentibus et super rebus, quas pro tempore serenissimus principis divinae Augustae constante matrimonio donaverit vel ipse a serenissima Augusta per donationis titulum consequantur, ut maneat ilico donatio plena, nullo adfirmationis tempore expectando, ita et hoc videatur imperiale esse privilegium. qui enim suis consiliis suisque laboribus pro toto orbe terrarum die noctuque laborant, quare non habeant dignam sua praerogativa fortuna?

5. Quae igitur pro Augusto honore et cautela res accipientium nostra statuit aeternitas, haec tam sublimitas tua quam ceteri omnes iudices nostri observare festinent ex eo tempore valitura ex quo nutu divino imperiales suscepimus infulas.

D. v k. Dec. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv.cc.

intervinientes en la transacción pudiesen ser desposeídos de lo adquirido en ella. Esa acción tenía una caducidad de cuatro años.

El mecanismo de reforma de esa ley por la *Bene...*, es bastante sencillo. En un primer paso (punto 1) se traslada el sistema del fisco zenoniano a los negocios que en el futuro realicen Justiniano y Teodora con sus propios bienes. A continuación (punto 2), se establece para el conjunto de los negocios realizados con ambos tipos de cosas, la citada «garantía» de una acción prescriptible al cuatrienio. Después (punto 3) se extiende retroactivamente esa analogía de trato jurídico a las transacciones realizadas por Justiniano y Teodora con sus patrimonios antes de la promulgación de la ley *Bene...*, y, por fin (punto 4), se consolida a Teodora en la propiedad de cuanta riqueza había venido acumulando hasta ese momento y en la solidez jurídica de los negocios consumados hasta entonces.

No estamos a presencia de una sencilla norma que pretenda únicamente resolver un problema de gestión financiera, simplificando trámites administrativos mediante la unificación de actuaciones, ni que facilite al emperador, como subraya Mommsen en la actuación de los antecesores de Justiniano, resolver cargas públicas aportando sus bienes particulares. El carácter retroactivo de la ley disuade muy pronto al lector de pensar en una valoración limitada a la mejora de lo rutinario. ¿Qué simplificación, ni que agilización se conseguirían mediante la recalificación en Derecho de actos ya cerrados? En cambio si se conseguiría que los ya consumados entre los particulares y los emperadores, pero todavía jurídicamente discutibles, quedasen consolidados en virtud de la retroactividad del precepto?

Por otro lado las alusiones que pueden espigarse acerca de la utilización de bienes personales de la pareja imperial en gastos públicos aparecen en un forzado segundo plano y envueltas en una amplia retórica justificativa, que más bien parece orientada a la búsqueda de imágenes caritativas (punto 3) y de popularidad y honestidad matrimonial (punto 4). No figuran en los tres decisivos párrafos introductorios, donde lo que se alega es la excelsitud del matrimonio imperial, su inequívoca superioridad sobre el resto de los mortales, y la necesidad de reflejar en Derecho esa majestad. Es preciso esperar a la parte dispositiva para que las argumentaciones de caridad y matrimonio ejemplar aparezcan, cuando lo lógico hubiese sido que esos recursos justificativos se formularan de otra forma y en otro sitio. Es decir, se habría debido señalar claramente que se trataba de facilitar el uso de recursos particulares de los ocupantes del trono en beneficio de necesidades públicas, y además hacerlo en el lugar esencial de la justificación de la ley. En cambio, tal como ésta aparece redactada, incluso podría pensarse que se trata de un texto apresurado, dada la poca inteligencia con la que se presentan sus argumentos.

Para comprender bien el significado de semejante disposición es preciso situarla en el campo de la gestión financiera de los bienes fiscales romanos, señalando como habían ido evolucionando las cosas hasta la promulgación de la *Bene a Zenone*. Hay que recordar que en la práctica administrativa del Bajo Imperio, aún en un

marco donde la corrupción tuvo innegable asiento, también se documenta (con una suficiente continuidad y pese a las dificultades que la crisis y el ambiente ofrecían) si no mantener la vieja distinción entre *aerarium* y *fiscum*, sí orientar la acción económica imperial al sostenimiento de los gastos públicos, así como luchar por su honestidad y ordenar la gestión de los dispendios con la debida coherencia dentro del organigrama financiero establecido.

Claros ejemplos de todo eso ofrece la actuación de Quinto Aurelio Símaco Eusebio como Prefecto de la ciudad de Roma en 384-385, y durante su continuada vida política bajo los emperadores de Occidente, Valentiniano I, Graciano, Valentiniano II (incluyendo la usurpación de Máximo en las Galias), Teodosio II y Honorio en Occidente, y Valente, Teodosio y Arcadio en Oriente. Es decir, desde 364 hasta algo más allá de 395. En suma, en tiempos no demasiado lejanos de la gestión imperial de Justiniano.

A lo largo de sus *Cartas, Discursos e Informes o Relaciones* que contienen variadas noticias sobre la vida socio-política de un tiempo tan agitado y difícil, es frecuente encontrar pasajes sobre la administración financiera. En ellos aparece clara la regla según la cual, si existe un patrimonio privado de los emperadores, debe principalmente orientarse a la gestión pública del imperio, con el rechazo expreso del criterio sostenido más tarde por Justiniano, fundiendo cualquier diferencia entre ambos patrimonios para mejorar sus posibilidades privadas de enriquecimiento. Así, en la famosa *Relatio* que dirigió a Valentiniano II en 384 sobre la restauración del culto pagano, afirmará:

«Apártense los buenos príncipes de la regla que considera todavía sometido al régimen jurídico del fisco lo que por tradición es titularidad de individuos, pues si la comunidad política se compone de personas, lo que se diferencia del patrimonio de ella ya pertenece a particulares. Lo gobernáis todo, pero conserváis la diferencia propia de cada cosa, pues estimáis más la justicia que el desenfado»¹².

El contexto dentro del cual Símaco escribe esas palabras es la polémica en la que terciaría contra él el obispo Ambrosio de Milán, acerca de la restauración de los cultos romanos precristianos. Ciertamente, el nudo argumental de su *Relatio*, es convencer al emperador de que sería injusto no reintegrar a los cultos paganos los recursos de que antaño dispusieron, alegando que tales dotaciones pertenecieron en un principio al patrimonio del Estado y a él habían revertido, pudiendo el emperador administrarlos a su *licentia*. Pero la amplitud con la que se expresa el Prefecto de Roma no limita el valor de sus palabras a sólo ese supuesto concreto. El criterio

¹² «...absit a bonis principibus ista sententia, ut quod olim de communi quibusdam tributum est, in iure fisci esse videatur, nam cum res publica de singulis constet, quod ab ea profiscitur, fit rursus proprium singulorum. omnia regitis, sed suum cuique servatis, plusque apud vos iustitia quam licentia valet...». La traducción es mía, el texto latino en D. Vera, *Commento storico alle relationes di Quinto Aurelio Simmaco*, Pisa (Giardini), p. 354, punto 18. El subrayado es mío, con la misma intención, que señalo en la nota 11, de destacar la frase central del texto.

básico que les otorga fuerza es que la existencia de masas patrimoniales distintas. De un lado la que corresponde a la *res publica*. De otro la infinita serie de los patrimonios particulares, de entre los que Símaco no excluye el correspondiente a los emperadores. Que éstos gobiernen ambas masas económicas no es fundamento para que las confundan. La frase de Símaco; *omnia regitis, sed suum cuique servatis*, es justamente la contrafigura del criterio justiniano con el justifica su decisión de someter todos recursos manejados por los emperadores al mismo régimen jurídico, *omnia principis esse videatur sive a sua substantia sive ex fiscali*.

Algunos años más tarde, en 389, Símaco comentará la ley de Valentiniano, Teodosio y Arcadio¹³, prohibiendo que, por medio de escrituras y/o codicilos, se les hiciesen donaciones ni a ellos, ni a sus familiares: De ese comentario interesan aquí otras frases de Símaco. Son aquellas en las que señala el máximo ejemplo que un soberano puede dar en estas materias económicas:

«Es más excelso auto limitarse que imponer límites a los demás. ¡Ojalá la avaricia de los particulares entienda el espíritu del promulgante e inspire sus costumbres en la ley! Esta claro lo que, quien ha sido el primero en renunciar a lucros sospechosos, pretende hagan espontáneamente los demás. Pero yo temo que la avidez de los inescrupulosos considere adquirible todo lo que esté sin dueño y se perjudique a los más débiles, puesto que se quedan solos para falsificar quienes no se abstienen ni por la ley ni por la vergüenza. Luego, restringida la capacidad de los Augustos, aplíquese la medicina del Derecho a los particulares»¹⁴.

¹³ Conservada en el *Código teodosiano* 4, 4, 2, es de 23 de Enero de aquel año, y dice «Quae codicillis aut epistulis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus; sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super 'prolata epistula' requiratur et incumbat probatio ei primitus, qui scripturam obtulerit. Ceterum quod ad nostrosque adinet, codicillos et epistulas adeo refutamus, ut ex illis, etiamsi veras eas esse quaestionum series adprobarit, quidquid nobis relictum nostrisve constiterit, ad liberos defuncti vel, si hi non sint, ad proximum quemque iudicii nostri humanitate pertineat. Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem, quae in nomen nostrum forte processerit, iure capiemus, nec in ea re distare ius nostrum a privatis heredibus profitemur». Cfr., ed., de Th. Mommsen, a partir del aparato crítico de P. Krüger, Berlín (Weidmann) segunda ed. 1954, p. 169 La traducción sería la siguiente «No admitimos que se nos destinen (*bienes*) para nos o para nuestras necesidades por medio de codicilos o epístolas. Quede válido ese uso entre particulares. Y acerca de esto autorizamos que, civil o criminalmente, según eligiese el actor, se cuestione sobre la epístola exhibida y corresponda la (*carga de la*) prueba a quien primero la hubiese alegado. Por lo demás, en aquello que a nos respecta, rechazamos de esa forma codicilos y epístolas, incluso aquellas que se comprobase ser verdaderas, por las cuales se hubiese entregado algo a nos o a los nuestros, para que se atribuyan a los hijos del difunto, o si no los hubiere, al (*pariente más*) próximo o a quien corresponda por nuestro humanitario juicio. En cambio, los testamentos, escrituras y adquisiciones legítimas que otorguemos en nuestro nombre, los adquiriremos en derecho, pues debe declararse que en estas cosas no se diferencia nuestro derecho del de los particulares». Esta constitución se incluyó en la *Ley romana de los visigodos*, junto con su correspondiente «interpretatio», cfr., ed. de Max Conrat (Cohn), Leipzig (Teubner) 1849, p. 104. Dada la similitud de sus criterios con las materias que se tocarán en la ley visigótica que examino mas abajo, es posible suponer que estuvo a la vista de los redactores de ésta.

¹⁴ «...quantum augustius est regenti sibi quam subditis modum ponere. Atque utinam privata avaritia mentem latoris intellegat et mores de legibus trahat! Neque enim latet quid sponte ceteros

De nuevo se nos presenta en sus palabras el reverso de los criterios alegados por Justiniano en la *Bene a Zenone*. Su frase *quantum augustius est regendi sibi quam subditis modum ponere* es el elogio de una *mentem latoris* bien distinta de la justiniana en aquella ley. Su deseo de que se llegue a una *dominorum condicio restricta*, para que eso sea un ejemplo moralizante en los *privati*, nada tiene que ver con la desatada soberbia de Justiniano y Teodora cuando exponen (sobre todo en los párrafos segundo y tercero de la exposición de motivos y en la pregunta que cierra el punto 4) las egolátricas argumentaciones con las que creen poder justificar en Derecho su reforma.

El valor del discurso de Símaco se acrecienta cuando se considera que se trata de una consideración planteada por quien es precisamente un experto en la práctica de la administración financiera tardo-imperial, preocupado constantemente por exhibir o reclamar ante todos una correcta tramitación administrativa del gasto público.

Buen ejemplo de cómo el lado de buen conocedor se engarza con su vertiente de teórico político, nos lo da el suceso de la carroza especial para su uso protocolario como Prefecto romano¹⁵. Autorizado primero y anulado después (en ambos casos por decisiones imperiales) el gasto correspondiente a esa compra, Símaco intervino dictaminando a qué oficina del *sacro aerario* correspondía hacer frente a esa inversión y si las autoridades financieras centrales eran o no deudoras o acreedoras respecto de él, así como quién tenía que hacer frente a los anticipos desembolsados tanto por la caja pública, como por los particulares para cubrir la compra luego desautorizada.

No es cuestión de entrar aquí en la descripción pormenorizada de ese incidente, pero sí es necesario recordarlo para entender que las opiniones de Símaco son las de un político experimentado en estas materias y que su tesis en favor de distinguir los intereses públicos del Imperio y los personales del emperador descansaba en la intención de lograr una gestión financiera lo más honesta posible, si hemos de atender a lo que siempre declaró.

Del mismo modo que existe un abismo entre los conceptos jurídico-políticos de Símaco y Justiniano, pese a no ser una fosa demasiado larga en el tiempo el

velit facere, qui suspecta compendia primus exhorruit. Ego certe vereor ne improborum sitis ad se existimet pertinere quaestum caducum fiatque innocentium causa deterior, si ad eos tantum falsi re-deat occasio, qui neque lege neque pudore cohibentur. Ergo quia dominorum condicio restricta este, privatis cupiditatibus medicina iuris occurrat». *Cartas*; 1, 14, 1-2. ed., de Jean-Pierre Callu, en Paris (Les Belles Lettres), 3 vols., 1972-1995, vol., I, p. 161. La traducción es mía, existe otra traducción española, con notas y comentarios de J. A. Valdés Gallego, en los números 281 y 310 de la serie «Biblioteca clásica Gredos», Madrid, 2000 y 2003.

¹⁵ El suceso ocurrió entre 382 y 383 y se encuentra información detallada sobre él en las *Relationes*, 4 y 20. Puede verse el texto original en las pp. 355 y 365-366 de la obra de Vera, citada en la nota 12, así como los correspondientes comentarios en las pp. 147-153. Hay traducción española con notas y comentarios de J. A. Valdés Gallego, ya citado como traductor de las *Cartas*, en el número 315 de la serie «Biblioteca de clásicos Gredos», Madrid, 2003.

siglo y medio que más o menos los separa, hay también, aunque de otro signo, una importante distancia entre las leyes *Omnnes qui quascumque* y *Bene a Zenone*.

Aquella aplicaba un trato privilegiado a los adquirentes de bienes públicos, dotándoles de una seguridad especial en su titularidad, no solo frente a eventuales reclamantes, sino también en el mercado general económico. Desde el punto de vista de los intereses generales, se podría justificar la medida, suponiéndola inspirada en la intención de amparar el patrimonio público en ese mercado, respecto los patrimonios particulares.

En efecto, resulta ser efecto patente de la constitución zenoniana que los bienes adquiridos al *sacratissimo aerario* serían de negociación próspera, dado lo fuerte de su titularidad. Un resultado claro suyo era reforzar la titularidad que, sobre aquellos bienes, ostentaban sus adquirentes, favorecidos por una protección procesal que eliminaba cualquier posibilidad de verse despojados de ellos, aún habiendo sido adquiridos de forma irregular. Partiendo de ahí podría concebirse como un beneficio político general la confianza social sobre la solidez de las operaciones económicas hechas con el erario.

Por tanto no hay motivo alguno para descartar que la ley *Omnnes...*, podía haber sido concebida como un instrumento de buen gobierno, máxime si se considera cómo Zenón apela a una política conocida, ya iniciada por su antecesor León «el tracio» (457-474). No pretendo decir que la ley zenoniana solo tuviese motivaciones honestas y de buena técnica gerencial de la vida económica, pero tampoco excluyo que las hubiese. Al amparo de una determinada ley, siempre se observan casos, más o menos abundantes, intensos y continuados de corrupción administrativa y la *Omnnes...*, no tiene por que ser una excepción. Solo señalo que las posibilidades abiertas por esa norma podían orientarse hacia actuaciones honestas inspiradas en el interés general.

En cambio, ingenuo al menos sería pensar que la reforma justiniana no supone todo lo contrario. En ningún momento de su amplio discurso Justiniano alega que la unificación patrimonial que introduce esté inspirada en una intención de mejorar la administración financiera pública. No hay lugar para una lectura de tal clase, que no bastaría con calificar de simplista, sino de falsificadora, al introducir ideas o palabras que ni explícita ni implícitamente figuran en el texto. Para nada dice Justiniano que persiga agilizar las actuaciones financieras imperiales. Aunque hubiese sido con seguridad una mentira política afirmar que la reforma se apoyaba en esa intención, lo cierto es que ni siquiera por cubrir las apariencias aparece nada de eso en los argumentos que el emperador despliega.

Al contrario, lo que esgrime es una supuesta inferioridad jurídica de Teodora y suya, que se atreve a calificar de injusta respecto del trato que las leyes le otorgaban a él y a su esposa en temas económicos. Lo que busca es cambiar a favor de ellos dos y nada más, la ley de Zenón, orientando exclusivamente el apoyo legislativo

al servicio mismo de sus intereses particulares y los de su mujer. En todo caso, si antes, con la *Omnes...*, era posible el fraude en el uso de la ley, esa circunstancia jugaba a favor de los negocios hechos con el patrimonio público. Con la *Bene...*, no solo no se corrige esa eventualidad, sino que se amplía a los negocios particulares del matrimonio imperial, liberándole del freno de la *Omnes...*, para que pueda hacer cuanto le venga en gana con todos los recursos disponibles.

La forma casi sarcástica en que la distinción entre lo público y lo privado aparece en el tercer párrafo introductorio de la *Bene a Zenone*, lleva inmediatamente a recordar las duras y detalladas críticas de Procopio de Cesárea a la pareja imperial, que son especialmente incisivas en el aspecto de su inmoralidad económica en cuanto gobernantes, críticas que, aun conocidas, han sido quizá menos profundizadas que las referentes a los aspectos más escabrosos de la vida personal de Teodora o a las oscuras y a veces criminales intrigas políticas de las que fue figura principal¹⁶. Es evidente en ésta ley el deseo de Justiniano de usar el Derecho como elemento protector de los desmanes económicos de su esposa en primer término, y desde luego, aunque en un suficiente segundo plano, de él mismo.

Pero, con todo, solo estaríamos a presencia de uno más de los incontables episodios de corrupción y abuso de poder que ha distinguido de modo constante a los miembros de la clase política en general, a lo largo de la Historia, sin que la presencia de diversas excepciones pueda cambiar ese signo dominante, si a Justiniano no se hubiese ocurrido la idea de buscar una base teórica a su desmán en el afán de dignificar lo impresentable.

Es precisamente ese intento lo que incide de pleno en la historia de los paradigmas políticos, dejando en un discreto segundo plano la exorbitancia perpetrada, que, si ya es de suyo suficiente como ejemplo de hasta que punto puede llegar la ofuscación ostentosa y avarienta, amenaza permanente para los políticos, resulta sin embargo menos retorcida y perjudicial que la doctrina de gobierno que establece Justiniano en esta ley, doctrina que podía haberse ahorrado para no hacer aún más deleznable su actuación.

La teorización justiniana se encuentra en el segundo y tercer párrafo de la exposición de motivos y en el punto 4 de la parte dispositiva. Su frase clave es la ya citada, *omnia principis esse intelligantur*, refiriéndose a los recursos públicos y al patrimonio imperial. Por más que se le puedan buscar precedentes, y ya he recordado los que señaló Mommsen, la absolutización del Estado que, por lo indicado al comienzo de éstas líneas es la antítesis de su *constitucionalización*, aparece tan nítida en esa regla o más aún, de lo que se refleja en la conocida máxima, *Princeps solutus est legibus*, y lo más curioso es que no es necesario

¹⁶ Cfr., o. c., sup. nota 10; capítulo XIX, p. 270 y ss. Reitero lo allí dicho sobre la necesidad de valorar jurídicamente a Procopio al utilizar sus informaciones como fuente histórica.

realizar ninguna mutilación del contexto, como todos sabemos que se hace en ésta última, para expresar cómo ese tipo de soberano devora y heteronomiza cualquier espacio de la vida pública en las comunidades que gobierna.

Claramente lo advirtieron así, pese a vivir en tiempos absolutistas, los comentaristas de la obra justiniana en el sistema jurídico del Derecho común, que dedicaron interesantes esfuerzos a tratar de corregir el sentido patente de la ley *Bene a Zenone*¹⁷, que aquí he intentado evocar en su principal significación destructora de la constitucionalización del Estado y no lo hicieron respecto de otros testimonios, como podría ser el caso de Ulpiano en los *Digestos*.

III. El segundo paradigma de *constitucionalización*, ahora verdaderamente y no por comparación negativa, como en el caso anterior, pertenece al sistema jurídico visigótico y también se refiere a cuestiones de administración financiera. Aunque recomiendo al lector especialmente interesado que verifique una lectura íntegra del VIII Concilio de Toledo del año 653¹⁸, aquí bastará con fijarnos en una ley de Recesvinto, recogida en el *Liber Iudiciorum*, II, 1, 6¹⁹, que es el centro del conjunto

¹⁷ Puede verse para una primera información el resumen doctrinal de Bartolomé de las Casas, acerca de los diferentes comentaristas de ésta ley, interesante aunque está afectado de muchos plagios, especialmente del italiano Lucas de Penna, o quizá por eso. Aparece en diversos lugares de su obra *De regia potestate*, editada críticamente y anotada en el vol VIII, de la serie *Corpus hispanorum de pace*, Madrid (CSIC), 1969 y reproducida desahogadamente sin siquiera menciones de cortesía a sus autores, en cierta edición posterior de la obra lascasiana.

¹⁸ Puede leerse un texto bilingüe en la obra de J. Vives y colaboradores *Concilios visigóticos e hispanorromanos*, Barcelona-Madrid (CSIC), 1963, pp. 260 y ss.

¹⁹ FLAVIUS GLORIOSUS RECESSVINDUS REX *De principum cupiditate damnata eorumque iniitiis ordinandis, et qualiter conficiende sunt scripture in nomine principum facte.*

(1) Eminentie celsitudo terrene tunc salubrius sublimia probatur adpetere, cum saluti proximorum pia cernitur compassione prodesse; unde solet contingere, ut plus commodi de aliena salute conquirit, quam de propria utilitate quisque percipiat. (2) In multis enim, quia multorum salus adtenditur, maioris lucri summa percipitur; in se autem, quia privati commodi fructus adpetitur, no satis est, si unius beneficii premia conquiritur. (3) Hinc et illa regendarum tantundem salus est plebium, que non suos fines privata voluntate concludit, sed que universitatis limites communi prosperitatis lege defendit. (4) Quapropter, ne salutaris ordo imperialibus videatur verbis potius obtineri quam factis, de sublimitatis obtentu reclinamus ad vota supplicum tranquille visionis aspectum, ut inde salutaris compassio habeat commodum, unde turme plebium adepti fuerint supplicationis effectum. (5) Cum igitur precedentium serie temporum inmoderatio aviditas principum sese prona diffunderet in spoliis populorum, et auget rei proprie censum erumna flebilis subiectorum, tandem superne respectio adflatu nobis est divinitus inspiratum, ut, quia subiectis leges reverentie dederamus, principum quoque excessibus retinaculum temperantie poneremus. (6) Proinde sincera mansuetudinis deliberatione tam nobis quam cunctis nostre glorie successoribus adfuturis Deo mediante legem ponimus decretumque divalis observantie promulgamus: ut nullus regum impulsione sue quibuscumque motibus aut factionibus scripturas de quibuslibet rebus alteri debitis ita extorqueat vel extorquendas instituat, quatenus iniuste hac nolenter debitarum sibi quisque privari possit dominio rerum. (7) Quod si alicuius gratissima voluntate quippiam de rebus a quocumque perceperit vel pro evidenti prestatione lucratus aliquid fuerit, in eadem scripturam patens voluntatis hac prestiti condicio adnotetur, per quam aut inpressio principis aut conferentis fraus evidentissime detegatur.

(8) Et si patuerit a nolente fuisse iscriptura exacta, aut respiscat improbitas principis et evacuet quod male contraxit, aut certe post eius mortem ad eum, cui exacta est scriptura, vel ad heredes eius res ipse sine cunctatione debeant revocari. (9) Ille autem res, que, seclusa omni compréhensionis argumen-

de medidas testimoniadas en diversos fragmentos de sus cánones 10 y 12²⁰ y sobre todo en el *Decretum iudicii universalis editum in nomine principis*, aprobado en el mismo Concilio²¹. En mi opinión el texto puede traducirse del siguiente modo:

De la condenación de la avaricia de los príncipes, la ordenación de sus fundamentos y de que modo deben otorgarse las escrituras hechas en nombre del príncipe.

tatione, directo modo transierint in principis potestate in eius perenniter iure perdurent, et quidquid ex rebus ipsis idem princeps ordinare voluerit, sue potestatis arbitrio subiacebit. (10) Verum ut omne eius negotium actionis roboraret sinceritas veritatis, cum quarumcumque rerum iscripture in principis nomine extiterint facte, mox testes, qui in eadem scripturam suscriptores accesserint, ab his, quos elegerit princeps, diligentissime perquirantur, si non aliquod indicium aut de impressione principis aut de fraude scripturam facientis modo quocumque cognoverint: ac sic aut rite facta series scripture permaneat, aut irrita confecta vanescat. (11) Similis quoque ordo de terris, vineis adque familiis observetur, si sine scripture textum tantummodo coram testibus quelibet facta fuerit definitio. (12) De rebus autem omnibus a tempore Svntilani regis hucusque a principibus acquisitis aut deinceps, si provenerit, adquirendis quecumque forsitan princeps inordinata sive reliquid seu reliquerit, quoniam pro regni apice probantur acquisita fuisse ad successorem tantundem regni decernimus pertinere; ita habita potestate, ut quidquid ex his helegerit facere, liberum habeat velle. (13) In illis autem rebus, que ipse aut de bonis parentum aut de quorumcumque provenerint successionebus proximorum, ita eidem principi eiusque filiis aut, si filii defuerint, heredibus quoque legitimis hereditatis iura patebunt, sicut etiam ceteris lege vel successione patere noscuntur. (14) Quod si aliquid ex rebus de quorumcumque parentum aut proximorum non solum successione, sed etiam qualibet conlatione aut quocumque contractu ad ius ipsius pervenisse patuerit, si contingat hec inordinata relinqui, non ad successorem regni, sed a filios vel heredes eius, qui conquisibit, specialiter omnis eadem conquisitio pertinebit. (15) Nam et de illis rebus, quas idem princeps ante regnum aut ex proprio aut ex iustissime conquisito dinoscitur abuisse, inrebocabili ordine aut faciendi quod voluerit potestatem habebit, aut certe filiis eius successio plena patebit. Quod si filii defuerint, legitimis heredibus ex his, que inordinata reliquerit, hereditatem hadire licebit. (16) Huius sane legis sententia in solis erit principum negotiis observanda adque ita perpetim valitura, ut non ante quispiam solium regale conscendat, quam iuramenti federe hanc legem se in omnibus implere promittat. (17) Quemcumque vero aut per tumultuosas plebes aut per absconsa dignitati publice macinamenta adeptum esse constiterit regni fastigia, mox idem cum omnibus tam nefarie sibi consentientibus et anathema fiat et christianorum communionem amittat, tam dire percussione ultione conluisus, ut omnis divini ordinis cultor, qui illi communicare presumserit, simili cum ipso damnatione dispereat et pena tabescat. (18) Nam et si quis legis huius seriem ex officio palatino malivole detrahendo lacerare voluerit aut evacuandam quandoque, vel silenter musitans vel aperte resultans, proloqui detectus extiterit, cunctis palatine dignitatis et consortiis et officiis mox nudatus, omnium rerum suarum dimidiam partem amittat et, in deputato sibi loco redactus, a totius palatii maneate societate seclusus. (19) Religiosus etiam, qui se in eadem culpam devolverit, simili rerum proprietatis sue dispendio subiacebit.

Este texto latino es el fijado por K. Zeumer en su ed. del *Liber* en el vol., I de la sección de leyes de los *Monumenta Germaniae historica*, Hannover-Leipzig (Hahn), 1902, pp. 48 y ss. La traducción que aparece aquí es mía y he introducido palabras cursivas entrecomilladas, así como una numeración en párrafos (en el original y en la traducción) para facilitar su comprensión y la rápida localización de los pasajes. Existen paralelismos leves, pero claros con las ideas de Símaco en el punto 5, donde se puede recordar su comentario a la constitución de Valentiniano, sobre todo su frase final sobre la *medicina iuris*. Ya he indicado, sup. nota 13, la coincidencia de los puntos 10 y 16 con lo dispuesto en la constitución recogida en el *Código teodosiano* y en la *Lex romana visigothorum*.

²⁰ Cfr., texto latino y traducción en Vives, o. c., sup. nota 18, pp. 283-284 y p. 286. La primera cita se refiere con otra redacción a las medidas contenidas en la ley del *Liber* II, 1, 6, y la segunda a la adhesión (*simili robore firmamus*) de los eclesiásticos a la ley en cuestión, ya promulgada (*editit principis*).

²¹ Cfr., texto latino y traducción en Vives, o. c., sup. nota 18, pp. 289-293.

(1) Cuando se contempla al ápice de la eminencia terrena procurar con piadosa compasión la salud de los prójimos, entonces se prueba que las cosas sublimes la apetecen más saludablemente; por lo que suele ocurrir que obtiene mayor provecho del bienestar ajeno, que lo que cada uno recibe de su utilidad exclusiva.

(2) Pues en lo de muchos, en cuanto atiende al bienestar de la mayoría, se adquiere la máxima suma de lucro; más en lo particular, como se persigue el fruto del provecho privado, no hay nada saludable si se consiguen beneficios particulares como premios.

(3) De ahí que solamente sea saludable para los pueblos gobernados, aquello que no encierra su voluntad en sus fines privados, sino que protege al marco de la comunidad, con la regla de la prosperidad común.

(4) Por lo cual, para que no parezca que se busca más con palabras que con hechos la regulación suprema de lo saludable, desde nuestra sublimidad nos inclinamos con mirada tranquila hacia los deseos de los suplicantes, para que la compasión saludable produzca resultados allí donde las masas populares han dirigido el objeto de sus súplicas.

(5) A consecuencia de que en los últimos tiempos la inmoderada avidez de los príncipes se difundía descaradamente mediante el expolio de los pueblos y hacía crecer el volumen de sus propios patrimonios mediante el saqueo de los súbditos, acaeció que la inspiración divina sopló sobre nos para que, habiendo dado leyes para la sumisión de los súbditos, pusiésemos también barreras de moderación a las exorbitancias de los príncipes.

(6) Por todo ello, con deliberación sincera y sosegada, tanto para nos, como para todos cuantos en el futuro nos sucedan en nuestra gloria, bajo la mediación divina, establecemos ley y promulgamos decreto de válida observancia, para que ningún rey, por iniciativa suya o por cualquier otro motivo o pretexto, arranque o mande arrancar a nadie los títulos de cualesquiera cosas suyas, de modo que pudiese ser privado, injusta e involuntariamente, de la propiedad de sus bienes.

(7) Pero si (*el rey*) por la voluntad agradecida de alguno, recibiese algún donativo de él, o se lucrara en algo mediante contraprestación evidente, anótese en la misma escritura la voluntad patente del donante o la naturaleza de la contraprestación regia, de modo que se deduzca con evidencia si hubo presión del príncipe o fraude del que entregó (*el bien*).

(8) Y si resultase que la escritura fue conseguida sin voluntariedad, o bien el príncipe se retractará de su ilicitud y devolverá lo mal adquirido, o desde luego cuando muera serán reintegrados sin demora esos bienes mismos al que fue obligado a escriturar, o a sus herederos.

(9) Más aquellos bienes que por vías directas pasaron a la potestad de los príncipes, sin sospecha alguna de coacción, permanezcan bajo su derecho a perpetuidad y descansen en el arbitrio de su potestad lo que quisiera disponer el príncipe sobre tales bienes.

(10) Para que la verdad auténtica corrobore con certeza todo cuanto se actúe en estos negocios, inmediatamente que se otorguen escrituras a favor del príncipe sobre cualesquiera bienes, los testigos que las hubiesen suscrito, serán minuciosamente in-

terrogados por quienes elija el príncipe, sobre si de algún modo apareciesen vestigios de coacciones o de fraude escriturario, actuando en forma que, esclarecido todo, o se confirme la validez del texto escriturado, o se desvanezca como inválido.

(11) El mismo procedimiento se observará respecto de las tierras, las viñas y los siervos, cuando se hubiese formalizado su transmisión sin escritura, sino solamente ante testigos.

(12) Acerca de todos los bienes adquiridos por los príncipes desde el tiempo del rey Suintila (621-631) hasta ahora y de los que pudiese ocurrir que se adquiriesen, si el príncipe les dejó o les deja sin contemplar testamentariamente, decretamos su pertenencia al sucesor en el reino, puesto que resulta probada su adquisición a favor del mismo, así que tendrá potestad para elegir libremente lo que quiera hacer con ellos.

(13) Pero en aquellos bienes que le hubiesen llegado al mismo (*rey*), ya sea del patrimonio paterno, ya provengan de la herencia de cualquier otro pariente, se respetarán los derechos de herencia al citado príncipe, a sus hijos, o si faltasen éstos, a los herederos legítimos, así como se les reconoce a los demás (*sujetos*) por la ley o (*el derecho*) sucesorio.

(14) Si resultase que algunos bienes de cualesquiera parientes o allegados hubiesen ingresado en el patrimonio del citado (*rey*) no precisamente por vía sucesoria, sino por cualquier donación o cualesquiera contrato y acaece que el (*rey*) los deja sin atribuir testamentariamente, corresponderán al que los adquirió o a sus hijos o herederos, pero no al sucesor del reino.

(15) Por fin, aquellos bienes de los que el príncipe era titular antes de ser rey, ya fuese por herencia ya por adquisición justísima, tendrá potestad irrevocable para disponer o hacer (*de ellos*) lo que quisiere, o ciertamente residirá en sus hijos la plena sucesión; y si faltasen hijos podrán adquirir la herencia los herederos legítimos de aquellos que no hicieron testamento.

(16) Los preceptos de ésta ley sólo serán de observación en los negocios de los príncipes, y con validez perpetua, de tal modo que nadie accederá al trono sin que se haya comprometido bajo juramento a vincularse a ésta ley en todo.

(17) Pero si cualquiera hubiese accedido a él mediante revueltas populares, o por maquinaciones secretas contra la dignidad pública, ese mismo, junto con todos los que tan nefariamente le apoyaron, sea inmediatamente anatematizado, y perdida la comunión con los cristianos, sea herido por tan severa pena que, cualquier devoto del culto divino que se atreviese a comunicarse con él, caiga en la misma condena y sufra idéntica pena.

(18) Además, si alguno de la casa del rey quisiese malévolamente violar o faltar a esta ley, o se supiera que, fuese en secreto o declaradamente, sugirió su derogación, (*será*) despojado inmediatamente de todos sus cargos y oficios de dignidad palatina, perderá la mitad de todo su patrimonio y deportado al lugar que se indique, permanecerá separado de todo contacto con palacio.

(19) También el religioso que incurriese en la misma culpa sufrirá la pena análoga en los bienes de su propiedad.

Con razón Torres López sintetizaba hace casi setenta años que «de todos estos textos se deduce con gran precisión, la existencia absolutamente independiente, de patrimonios del Estado o de la Corona y particular del rey»²². Pero a eso hay que añadir que no se estaba legislando con frialdad constituyente. Se vivía a las resultas de la enrarecida situación generada por el enfrentamiento chindasvintiano con una «Geburstadel», que no le soportaba el intento de sustituirla por núcleos de «Dienstadel» en el interior de la «Gefolgschaft» que cada vez más venía utilizando como eje del poder político regio. En esa conmoción civil, el monarca utilizó las confiscaciones de forma contundente, para debilitar lo más posible la capacidad de recuperación social y política de sus antagonistas. Exacerbada esa herencia calamitosa con el aplastamiento de la rebelión de Froya contra su hijo y sucesor Recesvinto, la iniciativa de convocar el VIII Concilio surgió como fórmula necesaria para intentar pacificar las cosas mediante arreglos políticos.

A lo largo de las actas de las sesiones se utilizó la distinción entre el patrimonio personal del monarca y el patrimonio de la Corona (ajena desde luego a la tradición jurídica imperial romana) para encontrar salidas a los rencores y reclamaciones acumulados. Se buscaba delimitar lo más satisfactoriamente posible para todos los implicados el destino de los bienes que habían sido confiscados en el fragor de aquellos enfrentamientos, evitando tanto la plena reversión de lo arrebatado, cosa que habría sido el total descrédito de las actuaciones de Chindasvinto, como la desesperación de sus víctimas si las cosas quedaban como estaban. La frase, *praecedentium serie temporum inmoderatio aviditas principum sese prona diffunderet in spoliis populorum*, que se incluye en el punto 5 de la ley, ha sido correctamente interpretada por Luis Agustín García Moreno cuando escribe que «Recesvinto generalizó los términos de la ley para sacarlos del estrecho marco de la precisa y concreta acusación a su padre, que sin duda debía resultarle molesta»²³. Esa acusación desde luego aparece de la forma más explícita en el *Decretum* del VIII Concilio²⁴.

Para instrumentar la fórmula adoptada se establecieron reglas generales y de Derecho transitorio. A las primeras se las quería dotadas de vigencia futura para siempre, (*ne taciturna temporum vel obliviosa vetustate depereat*, dice el canon 12) a fin de aislar los bienes del Estado de los personales del rey. En síntesis, se reconocieron como bienes particulares de éste, en cuanto uno más de los sujetos del Derecho: los que ya tuviese como titular antes de ser elegido (punto 15); o los que después de serlo le hubiesen sido transmitidos por quienes lo fuesen, pero creando un sistema de prueba tanto notarial como procesal²⁵, de haber actuado los

²² M. Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho español*, Salamanca (Librería general «La Facultad» de Germán García), 1936, vol., II, p. 262.

²³ L. A. García Moreno, *Historia de la España visigoda*, Madrid (Cátedra), 1989, pp.166-167.

²⁴ Cfr., Vives, o. sup. nota 18, p. 292.

²⁵ Entiendo que debe calificarse de procedimiento especial la actuación de los inspectores, más bien jueces, elegidos por el monarca, para confirmar la libertad en el otorgamiento de la escritura, según el punto 10 de la ley.

transmitentes sin sufrir coacción alguna (puntos 7, 9 y 10); o los que recibiese por herencia familiar (punto 13), respetándose en todo caso las decisiones testamentarias que sobre ellos pudiese tomar y en defecto de éstas lo atribuible según los criterios de sucesión intestada (puntos 13, 14 y 15). Es decir, que Recesvinto recibiría de Chindasvinto, como fortuna personal suya, cuantos bienes cuyos títulos se ajustasen a esos criterios.

Como normas de Derecho transitorio que afectaban a los bienes adquiridos o usurpados por Chindasvinto durante su reinado (referencia que la ley suaviza refiriéndose a los tiempos de Suíntila, punto 12) se consideraron patrimonio de la Corona, pero admitiendo que el monarca, en cuanto tal y no como particular, dispusiese de ellos, lo cual estaba más cerca del modelo romano antejustiniano.

Hay alguna disparidad, que ha dado qué pensar, entre la ley y el *Decretum* en éste aspecto, pues frente lo que aquella dice en su punto 12, éste escribe que tales bienes «perennemente pasen todos a la potestad de nuestro señor Recesvinto y se consideren perpetuamente como (*sometidos*) a su derecho, pero no habidos por sucesión paterna, sino poseídos como patrimonio real, de modo que cada cual reciba lo que justamente se le deba y de lo que sobre, la voluntad del príncipe disponga para remedio de los súbditos que eligiese»²⁶. García Moreno sospecha que «se debió llegar a una especie de acuerdo entre el Concilio y el rey: ambos textos adquirirían fuerza legal y en el futuro podrían ser utilizados indistintamente»²⁷. Por mi parte entiendo que sólo la ley tuvo esa fuerza, mientras que el *Decretum* expresa la garantía de la adhesión de los eclesiásticos a las soluciones alcanzadas en sus sesiones. Por otro lado coincido con Zeumer en pensar que la redacción recesvindiciana recogida en el *Liber* me parece representar el esfuerzo de ese monarca por expresar las cosas de una manera más confusa, de forma que le favoreciese, pero sin romper el marco del acuerdo básico. Esos bienes serían del patrimonio real y el rey los usaría libremente, pero como tales, cosa que desde luego podía hacer si no intentaba sacarlos de tal marco jurídico. Tal como quedó redactada la ley parece clara la posibilidad de que se le censurase por el Concilio al menos, si les daba un destino ajeno a esa función. Pero nada más.

Sean esos detalles como fueren, lo cierto es que se utilizó una determinada forma de constitucionalización del Estado, como medio de resolver una crisis política sumamente grave. Ya he reconocido que el concepto jurídico-político básico utilizado era contrario a la tradición imperial romana y radicalmente contradictorio, tanto con el criterio justiniano que se contempló aquí en el epígrafe precedente, como a la propia política que había venido desarrollando Chindasvinto. Desde

²⁶ «Omnia...in ..domini nostri Recesvincti principis perenni transeat potestatem et perpetuo deputentur in iure, non habenda parentali successione, sed possidenda regali congressione, ita ut iuste sibi debita quisque percipiat, et de reliquis ad remedia subiectorum quaequumque elegerit principis voluntas exercent», cfr., VIVES, o. c., sup. nota 18, p. 292.

²⁷ O. c., sup. nota 23 p. 167.

luego no fue algo precipitado. Félix Dahn, no dejó de advertir que difícilmente se encontraría en un Parlamento posterior al Antiguo Régimen un examen jurídico más sutil que el realizado en materia financiera pública por el VIII Concilio de Toledo²⁸. Los conciliares tuvieron que optar entre modelos y lo hicieron con mucho cuidado, sin dejarse llevar de automatismos. Pero, ¿dónde se inspiraron?, ¿podemos hoy nosotros decir simplemente que esa distinción era una consecuencia automática de la regla de electividad sucesoria monárquicas, tradicional en el Derecho germánico? Es preciso distinguir matices para responder con alguna solvencia.

Incluso la germanística antigua fue escéptica para admitir una simple aplicación de la electividad sucesoria. Ya Karl Zeumer, conforme con la observación de Dahn (corrigió otras opiniones suyas, que no afectan directamente a nuestro tema) señaló que a esa huella habría que añadir la crisis en que estaba cayendo el principio electivo germánico en la práctica de monarquía visigoda²⁹. Por su parte, mi maestro Torres López³⁰, insistió en que, si la diferenciación patrimonial no era una innovación rescenvindiana, puesto que hundía sus raíces en las tradiciones germánicas relativas a la electividad originaria de las monarquías, no se podía tampoco olvidar la norma canónica según la cual no se aceptaba la sucesión de los bienes adquiridos por los obispos durante el gobierno de sus diócesis, precepto especialmente significativo, dada la condición de la mayoría más influyente intelectualmente de los participantes en el VIII Concilio toledano.

Nada sería más grato para mí, que he defendido frente a tirios y troyanos la presencia de importantes elementos germánicos en la historia jurídica española, tantas veces negada de modo arbitrario, que señalar el principio germánico de electividad regia como motivo único de la doctrina legal gestada en el VIII Concilio y concluir con ello éste escrito mío. Pero las cosas no son tan sencillas, y ni siquiera las afirmaciones de los tres maestros que acabo de citar, que son correctas, me parecen bastantes. Ciertamente que ellos ya advirtieron que la electividad de la monarquía visigótica, aunque facilitase la formación conceptual originaria de la diferencia entre patrimonio estatal público y patrimonio regio privado, no es una explicación suficiente de la ley comentada aquí del *Liber Iudiciorum* y sus textos paralelos, a los efectos que persigo de vislumbrar; un alborar de constitucionalidad. Pero, a mi entender, ni esa norma, ni su mezcla con el principio canónico citado agotan la complejidad de la decisión tomada en Toledo a fines de aquel 653.

No la agotan, porque también antes existían diferenciaciones financieras en el mundo romano y ya hemos visto como Justiniano terminó de borrarlas, de modo que igual opción podía haberse elegido entre los visigodos. No la agotan, porque la solución del VIII Concilio toledano fue la voluntad política, en un momento

²⁸ Cfr., el tomo sexto, p. 249 de la obra citada en segundo lugar, en la nota 9 de éste escrito.

²⁹ K. Zeumer, *Historia de la legislación visigótica*, traducción de C. Clavería, Barcelona (Universidad), 1944, pp. 25 y ss.

³⁰ Cfr., o. y loc., c., sup. nota 22.

concreto de crisis contradictoria, de aceptar y aplicar la diferenciación patrimonial, cuando ante la doctrina de Justiniano y la práctica de Chindasvinto, podía haberla negado. No la agotan, porque lo que interesa señalar aquí no son tanto las «causas» que favorecían la constitucionalización (electividad), o las «causas» que la negaban (ideas justinianas, política chindasvintiana), lo que importa es la elección de uno u otro de los «efectos» que de cada una de esas causas remotas podía derivarse.

En fin de cuentas, entiendo que los reunidos en el VIII Concilio de Toledo no se limitaron a la aplicación escolar y aséptica de las consecuencias de la electividad y/o de la no sucesión episcopal, sino que, ante una situación casi caótica, asumieron la labor de intentar organizar un Estado, corrigiendo los excesos de acumulación de poder en que había incurrido Chindasvinto, cuando del mismo modo podían haber elegido el precedente bizantino y confirmar a Recesvinto, al fin hijo de Chindasvinto, en la plena confusión de patrimonios al modo justiniano.

El mejor conocimiento que hoy poseemos del germanismo en el mundo visigótico, gracias a la nueva germanística, difundida y practicada en España por García Moreno y algunos otros investigadores, ha permitido insuflar vida real en lo que de otro modo venía resultando una cómoda aplicación de tópicos teóricos, ciertos desde luego (por eso lo son) pero que no transmiten en plenitud las razones por las cuales se escogen determinadas configuraciones jurídicas en ciertos momentos históricos.

Más concretamente, en éste caso, sin la mentalidad política de obispos como Eugenio II de Toledo, en quien García Moreno sospecha el artífice de las soluciones alumbradas en las sesiones conciliares, no se habrían sacado las consecuencias de diferenciación patrimonial que el *Decretum*, los cánones 10 y 12 del Concilio VIII y la ley II, 1, 6 del *Liber Iudiciorum*, establecieron, y para ello fueron sólo una referencia de lateralísima ayuda que se hubiesen recibido de tiempos antiguos; tanto las reglas de la electividad sucesoria, que estaba además en constante peligro de ser reducida a lo puramente formal con la práctica de las asociaciones al trono; como la de negar cierto tipo de sucesión episcopal. Ambas reglas eran, como mucho en ese contexto, unos criterios que no perjudicaban, pero de ninguna manera fueron determinantes de modo insoslayable, ni con solo su mención se agota el contenido de los referidos textos y si hay que clasificar los dos criterios, mayor influjo me parece justo atribuir al canónico que al germánico, aunque no niego la presencia de éste.

III. Para concluir, diré que las hipótesis finales (ya no me gusta hablar de conclusiones) a las que creo poder llegar, son las siguientes.

La postura de Justiniano en la ley *Bene a Zenone*, al exarcerbar la unificación del *aerarium* con el *fiscus*, rompe la línea de continuidad que pudiera haberse establecido entre la tardía romanidad y los inicios del mundo medieval, a efectos de la constitucionalización del Estado.

La afirmación, muchas veces reiterada en los últimos tiempos, acerca del epigonismo bizantinizante del reino visigótico, no puede seguir siendo repetida en general, sino muy en concreto respecto de algunas actitudes de Leovigildo, y desde luego no para todas las suyas.

Un alborar de la constitucionalización del Estado aparece en la historia del Derecho español, como aportación del Derecho visigótico, y más concretamente a consecuencia específica de la voluntad intelectual, por parte del VIII Concilio de Toledo en cuanto sede de decisión política, de escoger un modelo constitucio-nalizante apoyado por ideas generadas en la más vieja tradición germanística y en la no tan antigua de origen canónico. De ninguna manera puede disminuirse el valor de lo entonces decidido argumentando solo la presencia de una u otra de esas tradiciones, puesto que ellas no podían, dadas las circunstancias, actuar automáticamente. Años más tarde se percibirán ecos del fluir casi subterráneo de aquellas actitudes, entremezcladas, no lo niego e incluso en pugna con otras de signo bien diferente, pero no por eso menos reales. Así ocurrirá cuando alguna fuente nos hable de la restauración hecha por Alfonso II del *ordo*, que habían tenido los godos. En definitiva, una forma de *constitucionalizar*, pues lo importante no es tanto el adjetivo *gothicus*, que ha sido lo único comentado siempre en el pasaje a que me refiero, sino el sustantivo, *ordo*, que expresa la conciencia de una manera de organizar el Estado.