

María José Azaustre Fernández, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho Romano al reglamento europeo de sucesiones*, Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2021, 309 pp. [ISBN: 9788413455099].

1. Introducción

El libro al que dirigimos nuestra atención es, sin duda, y por varias razones, un ejemplo de esos textos con los que vale la pena trabajar y releer; una de esas raras obras que, con el tiempo, uno siente la sensación de estar a medio camino entre la complicidad y la admiración. Complicidad, porque se trata de un estudio laborioso, realizado por una autora que no se resigna a pensar desde la inercia de los temas heredados. Y admiración, porque resulta una aportación sugerente y, sobre todo, enriquecedora, en un campo tan complejo y difícil como es el del estudio que la transmisión de las soluciones romanas aporta a nuestro derecho más reciente. No en vano, entiendo que la obra de la profesora Azaustre Fernández se encuadra dentro de la tradición humanista de autores como Louis Blaubloom, quien, tras denunciar la corrupción textual a la que habían llegado las ediciones de los libros en el siglo XVI –*prava lectio*–, proclamó la necesidad de la restauración del antiguo esplendor del que habían gozado las citas o las transcripciones de los textos jurídicos romanos –*veterem nitorem restituere*–. En este sentido, no dudó en afirmar que cuanto más excelente era una obra, tanto más ignominiosa resultaba maltratarla –*quanto praestantius opus, tanto in illum vitium foedius*–. Desdén que no venía provocado por la siempre fatigosa reedición de los libros, sino por las corruptas lecturas o por la introducción –o mera invención– de voces griegas que alteraban la belleza de textos jurídicos como el Digesto: *saepe maior sit collapsa reparandi labor quam nova condendi [...] tot iam graecas voces insertas, tot locos a veteri sed prava lectione dissidentes, tot coniecturas ubi scilicet nihil suppetiarum ferebant exemplaria, margini adiectas*.

2. Scripta manent

Permanece lo escrito. Nos lo recuerda Umberto Eco, quien afirmó que “todo lo que se dice tiene el valor de los argumentos con que se dice” (*Seis pasos por los bosques narrativos*). Analizar y argumentar es la tarea a la que está llamado todo historiador que se precie. Tarea ardua. Tarea que suele ser ingrata. Suele serlo por ser una labor, a menudo, escasamente reconocida. Sin embargo, todos sabemos que investigar supone años de callado esfuerzo, en los que el docente-investigador debe buscar y sopesar los datos que descubre en la soledad de las bibliotecas, de los archivos o en los textos y documentos que llegan a su poder tras muchos años de paciente búsqueda. Cuando ya tenemos todos los elementos a nuestro alcance, comprendemos, con E. H. Carr, que “Elogiar a un historiador por la precisión de sus datos es como encomiar a un arquitecto por utilizar, en su edificio, vigas debidamente preparadas o cemento bien mezclado. Ello es condición necesaria de su obra, pero no su función esencial” (*¿Qué es la Historia?*). Como apunta Carr, el historiador necesita tener a su alcance una visión multidisciplinar, una hermenéutica precisa y rigurosa, unos amplios conocimientos de la Historia y del Derecho, así como un vasto conjunto de lecturas sobre la materia en cuestión, lo que obliga al estudio del idioma en que están escritas.

3. La importancia del Derecho Romano en el pensamiento jurídico moderno

La monografía que pasamos a recensionar acredita que es posible reunir en un trabajo este conjunto –casi inagotable– de capacidades, lo que la inviste de un notable bagaje cultural, así como de un alto rigor científico poco usual en estos tiempos de penuria intelectual, en los que una parte de nuestros colegas positivistas quieren relegar al cajón del olvido a las Humanidades, y entre ellas, al Derecho Romano, con la vieja y caduca excusa de que no es Derecho vigente. No cabe mayor desconocimiento, ni mayor ingratitud hacia una rama del saber sobre la que se ha construido toda la Ciencia jurídica. Nuestro deber es afirmarlo, como lo ha hecho la autora con esta espléndida monografía, en la que no creo que se pretende realizar una defensa del Derecho Romano *per se*, sino en la que se viene a poner en evidencia que las soluciones jurídicas pasan por consultar las repuestas dadas por aquellos juristas romanos que han ayudado a configurar un sistema jurídico sin el cual no se puede entender ni la *forma mentis* del jurista contemporáneo, ni el contenido de los distintos Códigos y Constituciones. Nuestra autora no lo ignora, todo lo contrario: cada duda que se plantea la analiza tomando como punto de partida el *Corpus Iuris Civilis* como el Derecho del medievo, hasta llegar, sin solución de continuidad, a nuestra legislación actual. Labor encomiable y digna de ser tomada como modelo a seguir, y no solo por los romanistas, sino por buena parte de la historiografía actual.

No creo equivocarme si afirmo que es evidente que los civilistas –en el mundo universitario– se han ido alejando paulatinamente de los romanistas, seguramente porque toda su orientación científica va encaminada a la interpretación de los textos legislativos, manteniéndose al margen, en no pocas ocasiones, de la científicidad que aportan los estudios histórico-jurídicos, lo que nos hace pensar que acuden al Derecho positivo como si este naciera sin tradición alguna. Un error, sin duda. Un error no solo de concepto, sino de índole metodológica –*ratio corrupta*–.

Esta situación, bien conocida por todos, ha provocado la casi inexistente relación dialéctica entre disciplinas que se hallan hermanadas por una misma realidad: un Derecho que se sustenta sobre unas bases histórico-jurídicas concretas, como son el Derecho Romano y el *Ius Commune*, pilares jurídicos que han formado y conformado, como diría Baldo de Ubaldis, el Derecho positivo vigente. Negar esta verdad histórico-jurídica es no comprender, como diría Labruna, que tanto Europa como Latinoamérica poseen una única Cultura jurídica, una Cultura que sirve de fuerte conexión entre los distintos códigos nacionales, porque tiene su fundamento en la Ciencia jurídica romana (*Principi giuridici, tradizione romanistica e “humanitas” del diritto tra Europa e America Latina*).

Los romanistas la reivindicamos porque es una Ciencia antigua, y por antigua, tan nuestra y tan necesaria de estudio y comprensión en este tiempo de carestía cultural y jurídica, propio del *homo ludens* despreocupado del que hablaba Huizinga (*Homo ludens*). Esta es una realidad que supo comprender Eugenio D’Ors, la que le llevó a afirmar que “Lo que no es tradición es plagio” (*Primeros lemas*). A simple vista, bien pudiera parecer un apotegma un tanto exagerado. A mi juicio no lo es. La postergación, cuando no el olvido, al que se intenta relegar los estudios de la Antigüedad es el reflejo de una sociedad que reniega de un saber y de una Cultura sobre la que se ha asentado los pilares de nuestra civilización, de nuestra forma de ser y de actuar; porque, se mire como se mire, sin ella no se puede entender la Ciencia del Derecho, ese *ars iuris* del que hablaban los clásicos.

4. Claridad expositiva

La lógica lleva a pensar que una obra de tal densidad expositiva tiene que ser de difícil acceso para un lector poco familiarizado con la temática que se aborda. No es este el caso. La claridad expositiva se halla al mismo nivel que el rigor académico. Decía Ortega –y no se equivocaba– que “la claridad es la cortesía del filósofo”. Esta es una extraña virtud que adorna a la autora. Cuando leemos su trabajo tenemos la sensación de que el lector está siempre presente a la hora de escribir este complejo estudio. En su escritura parece que quisiera hacerle siempre partícipe de sus inquietudes y descubrimientos, de ahí que no utilice un lenguaje alambicado ni busque un enfoque que pueda distorsionar el sentido de sus bien hilvanadas líneas argumentales. Un valor añadido; pero es un valor que se debe resaltar, porque, como sostuviera el filósofo Mario Bunge, lo incomprensible no es lo profundo, por mucho que se empeñara el “bueno” de Heidegger.

5. Temática

Sabemos, por la Historia, que la doctrina tardo-medieval, partiendo de la clásica distinción entre ciudadano e *incola* –aut *inquilinos*–, y de la regla que sostenía que no todos los que habitaban en una ciudad se convertían en ciudadanos, vino a reconocer que, en el ámbito civil, la ciudadanía se adquiría a través del nacimiento –*origo*–, de la manumisión, de la adopción, del acceso a los cargos municipales –*allectio*– o por el domicilio permanente –*incolatus*–. En la esfera eclesiástica, únicamente por el bautismo –*nativitas spiritualis*–. Vías ordinarias a la que se añadía una cuarta de naturaleza extraordinaria: la ciudadanía por privilegio regio.

Como señala Amaya, un individuo podía tener dos patrias: una propia u original, la que provenía por nacimiento propio o paterno, y la común, que era la del Reino en que se nacía; como lo fue Roma para los romanos, posteriormente Constantinopla, o, en el ámbito espiritual, Roma para los cristianos. En este sentido, autores como Antonio Pérez subrayaron que la idea de una patria común subsistía en la mayoría de los reinos bajomedievales. Y así se reconocía la vigencia de la regla que sostenía que allí donde estaba presente o habitaba el Príncipe y su Curia se hallaba la patria común de sus vasallos.

La cuestión más compleja se daba en torno al domicilio accidental. En torno a este, tanto la escuela estatutaria como la doctrina posterior sostuvo que este o bien era el lugar donde se habitaba con un ánimo de prolongada permanencia, o bien el domicilio paterno, que, por ser del padre, se entendía del hijo.

En virtud de este criterio, se fijaron varias reglas:

[1] No se podía adquirir un domicilio si no concurrían dos elementos: habitabilidad actual y ánimo de permanecer en el lugar en el que se habitaba, porque la mera habitabilidad –aun por muy larga que fuese– o el simple ánimo, si no iba acompañado del otro requisito, no permitía que se pudiera hablar de la adquisición del domicilio. En este sentido, Bártolo sostuvo que el vagabundo no poseía domicilio, ya que carecía de ambos requisitos.

La importancia de un elemento subjetivo, como del *animus habitandi*, hizo que la doctrina estableciera la necesidad de su prueba, para lo que se fijaron distintas reglas de interpretación:

[a] Se entendía probado cuando se declaraba, ya de forma solemne o mediante juramento, el deseo de permanencia estable en la ciudad o en la villa en la que habitaba. En ese preciso instante se adquiría el domicilio y la ciudadanía, sin necesidad de que transcurriera un período de tiempo determinado.

[b] Si esta declaración no aparecía consignada de forma clara, se podía plantear diversas hipótesis: si la permanencia se debía a una estancia por estudios, por milicia, por servicio o por miedo a una peste, a una guerra o a otros casos de peligros similares, se presumía que se habitaba por causa temporal, por lo que se entendía que no había ánimo de contraer domicilio, ya estuviera diez o cien años.

[c] Se entendía que no había una mera habitabilidad temporal cuando se superaban los diez años de permanencia en un lugar, momento en el que se adquiría el domicilio y la ciudadanía *–habendus pro naturali–*.

[d] Si concurrían otros actos significativos y demostrativos del ánimo de permanencia estable en la villa o en la ciudad, el requisito de temporalidad de los diez años ya no se convertía en el único medio de prueba cuando faltaba la declaración expresa, porque, por un conjunto de conjeturas suficientes, este *animus* se podía tener por dado.

[d] Frente a estas conjeturas, la declaración expresa de no querer adquirir el domicilio en el que habitaba impedía que el paso de los años o el traslado de los bienes o de los lares pudiera dar a entender su intención de domiciliarse en la ciudad en la que habitaba.

[e] Probada la existencia de ambos requisitos, se obtenía el domicilio, y su pérdida únicamente podía suceder cuando simultáneamente ambos requisitos dejaban de coexistir, no así cuando no concurría uno de los elementos; razón por la que la propia doctrina estableció la no presunción de la mutabilidad del ánimo *–máxime si permanecía con sus bienes–* o del domicilio, sino que su cambio debía probarse plenamente.

[f] Como advierte la escuela estatutaria, los requisitos expuestos *–permanencia actual y ánimo–* no hacían inviable que el domicilio se pudiera trasladar a otro lugar, adquiriendo, así, un nuevo domicilio, lo que permitía sostener que, si un estatuto local lo impedía, se debía declarar injusto y no obligatorio, ya que infringía la libertad de sus ciudadanos. Criterio que llevó a diferenciar el lugar en el que se habitaba del domicilio *–longa est differentia–*. En concreto, se entendía que en las ciudades podían habitar los escolares durante el calendario escolar, los mercaderes, durante el tiempo en que duraban las negociaciones, así como todos aquellos que estaban por una causa temporal, lo que no les facultaba para adquirir el domicilio, porque les faltaba el ánimo de la permanencia perpetua, el ánimo de adquirir un domicilio, de no ser meros moradores, aunque su estancia en la villa o en el lugar fuera más o menos prolongada en el tiempo.

No obstante, cabe precisar que quien sólo tenía la nuda habitación, podía adquirir algunos de los derechos que tenían los vecinos con domicilio estable. Así se nos informa que a los primeros se les tenían por parroquianos en la parroquia donde habitaban, por lo que gozaban del mismo sustento espiritual que sus convecinos. En concreto, los escolares, los mercaderes, los presidiarios, los cómicos, los mercenarios u otros similares oficios, podían recibir el Sacramento de manos del párroco, las décimas parroquiales, el sepelio e incluso el matrimonio.

Una vez probado el ánimo y la permanencia, el *incola* adquiría el domicilio y la ciudadanía del municipio en la que habitaba. De esta forma se distinguía el *incola* del múnicepe, porque éste adquiría la ciudadanía por origen, por nacimiento propio o paterno; mientras que el *incola*, por el lar o el domicilio, por la voluntad y el ánimo permanente de permanecer en la villa donde tenía su residencia –*et sic voluntas facit incolatum*–, lo que le diferenciaba del mero extranjero, al que se le equiparaba con el colono, por no tener domicilio conocido. Línea argumental que llevó a la literatura jurídica a sostener que la ciudadanía podía devenir no sólo por el origen, sino también por el domicilio.

Llegados a este punto, y en virtud de la afirmación de Acursio: *municeps est genus: civis et incola sunt species*, la doctrina medieval afirmó sin reservas que *incolas vero domicilium facit*, lo que les permitía acceder a los cargos de la ciudad –Acursio–. En este sentido, autores como Fernández de Otero sostuvieron que el apelativo vecino no sólo se circunscribía a los originarios del lugar, a los naturales, sino, también, a los *incola*, a los habitantes de la ciudad. Una vez establecido el concepto de *incola*, los juristas tardo-medievales se plantearon la posible existencia de distintos supuestos, estableciendo el siguiente régimen jurídico:

[a] Como criterio general, se sostuvo la posibilidad de que se pudiera tener, al mismo tiempo, dos domicilios, tanto por razón del origen, como por su prolongada habitabilidad –*incolatus causa*–.

[b] Con carácter particular, se admitió que se podía tener dos o tres domicilios por razón de origen. Así, en una ciudad, un hijo podía tener la ciudadanía por su nacimiento; en otra ciudad, la podía tener por nacimiento paterno; y, en otra ciudad, por el nacimiento de su abuelo paterno –*ac proinde eodem tempore poterit habere triplex domicilium ratione originis*–.

[c] Asimismo, se podía tener dos domicilios: uno en razón del nacimiento, otro por razón del domicilio en el que ejercía su cargo público. Criterio que se reconocía viable en los supuestos de los oficiales regios, de algunos magistrados y de los senadores, quienes, por el cargo que ejercían en la urbe, adquirirían su domicilio, lo que no le impedía salvaguardar su domicilio de origen.

[d] La posibilidad de la coexistencia de dos o más domicilios no determinaba su paridad, porque, como nos informa Bártolo, podía existir un orden de prelación, en el que uno fuera el domicilio principal y otro el secundario.

[e] Este conjunto de posibilidades fue el que llevó a la doctrina a reconocer la vigencia del pensamiento de Juliano, cuando sostenía que tan difícil era concebir la existencia de una dualidad de domicilios, como el que una persona careciera de domicilio, situación difícil de contemplar, pero que se podía dar: así, cuando una persona dejaba su

domicilio, y se dedicaba a navegar o a caminar hasta hallar donde establecerse; durante ese tránsito, se hallaba sin domicilio.

Asimismo, la doctrina bajo-medieval nos informa de los derechos que se adquirirían con la adquisición de este domicilio.

[1] Quienes habían obtenido legítimamente el domicilio *–per decennium–* tenían derecho a acceder a todos aquellos oficios que el Ordenamiento o el Estatuto del Reino o de la ciudad no habían prohibido, de forma expresa, para los aforados o no naturales.

[2] Quienes habían logrado la ciudadanía y habían contraído matrimonio con una ciudadana del Reino, al ser tenidos por verdaderos vasallos, se veían exentos de cualquier embargo, secuestro o represalia por razón de un conflicto armado con su país de origen.

[3] Adquirían y gozaban de los derechos y privilegios concedidos por la ciudad a sus vecinos. Así, el derecho de pasto, de agua, de tala, de extracción y transporte de madera, de arena o de piedra, ya para uso propio, ya para su venta; o, entre otros privilegios, se veían exentos del pago de peaje, al que estaban obligados los habitantes de otros reinos.

Como vemos, la problemática del domicilio, sucintamente expuesta, no solo estuvo presente en el Derecho Romano, sino a lo largo de la Historia jurídica. No puede ser de otra manera, porque esta se apoya en una tradición sólida y ricamente fundada: la que nace del *Corpus Iuris Civilis*.

La cuestión que ahora queremos plantear surge de un interrogante: ¿El concepto de residencia habitual a efectos del Reglamento Sucesorio europeo puede escapar a esta tradición? Solo con consultar el ejemplarizante anexo que la autora proporciona al final de su monografía tenemos la respuesta. Una vez más, nada nuevo bajo el sol.

Hemos dejado por escrito que el rigor preside cada una de las páginas de este gratificante estudio. No exageramos. La Profesora Azaustre Fernández analiza los distintos foros o ámbitos de aplicación en los que se puede ver reflejado el contenido del Reglamento 650/2012, en materias de “sucesión fronteriza”: duración de la estancia, lugar donde el causante vivía con su familia, lugar donde se trabaja, se ejerce una profesión, lugar en donde se poseen la mayoría de los bienes, lugar en los que se tiene la documentación, lugar donde figura el domicilio en los contratos o testamentos, el lugar donde el causante consideraba que tenía su residencia, la nacionalidad del causante, etc. En la mayoría de ellos el patrón se cumple: su origen directo o indirecto (fuentes legales intermedias) se halla en el Derecho Romano y en el *ius commune*.

En el prólogo que realiza la profesora López Rendo, la autora acierta al señalar, ya en su primer párrafo, que esta monografía nace al amparo del *Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos*: “Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI”. Se agradece la aclaración, como se agradece que la autora del libro haya dado cumplida cuenta de los objetivos trazados. Como romanista debo reconocer públicamente que me enorgullece que un conjunto de notables compañeros, cuyo prestigio es bien conocido, se atrevan a exponer que no cabe estudiar el Derecho positivo, incluyendo sus máximas, principios y bocados, sin intentarlos entroncarlos con su raíz primigenia. Pero si, además, su análisis

se lleva a cabo con la pulcritud científica, en el amplio aparato crítico aportado y la claridad expositiva solo podemos congratularnos por tener en nuestras manos una obra que dignifica a su autora pero, sobre todo, a un Área de conocimiento tan huérfana de reconocimiento académico como tristemente relegada en los Planes de Estudio. De ahí nuestra gratitud y nuestra más sincera admiración.

Solo nos resta decir que deseamos que el camino que ha iniciado con esta espléndida monografía sea el inicio de nuevos y venturosos trabajos. Sobre este aspecto, no albergamos duda alguna.

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Universitat de València