

formación, exactitud expositiva y ponderación crítica no es preciso encarecer al lector de las páginas que anteceden. Se trata, como se ve, de un estudio que se sitúa en la mejor tradición científica alemana.

A. TRUYOL

MAX KASER: *Das altrömische "ius"*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949; 382 págs.

Como advierte el autor (p. 3), no se trata en este libro de una historia del Derecho romano primitivo, sino de una investigación sobre el más genuino concepto de *ius*, y, en relación con la esfera de lo religioso, de sus manifestaciones más antiguas hasta la proyección que alcanza en el desarrollo ulterior de las instituciones jurídicas de la etapa arcaica, cuyo término coloca el autor a mediados del siglo III a. C. Naturalmente, a lo largo de su densa y completa recolección de las distintas formas en que el concepto de *ius* se manifiesta, el autor tiene que recorrer todo el sistema jurídico romano primitivo; pero, aun así, no equivale su obra a una exposición del antiguo Derecho romano, ya que todas sus consideraciones gravitan, no sobre una idea de sistema ni tampoco de una distribución de materias, sino radicalmente sobre el concepto fundamental del *ius*. La sucesión de temas tratados depende, por tanto, de lo que el autor estimó que convenía mejor al desarrollo de su tesis. De esta suerte, el libro se divide en las siguientes partes:

Primeramente (pp. 7-100), estudia Kaser el desarrollo del concepto de *ius*, revisando las distintas acepciones y clasificaciones. Después (pp. 101-173), avanzando ya el concepto genuino sostenido por el autor, se examina el valor del *ius* como «fundamento de juicio» y como «contenido de juicio», esto es, de decisión judicial. En la tercera parte, que es la de mayor extensión, se estudia, bajo el título «La realización del *ius*», la acción conformadora de éste en las distintas instituciones primitivas. Por último, en la sección final (pp. 301-359), se analiza, volviendo al tema de la relación *ius-fas* ya tratada al principio, la intervención en el *ius* del formalismo y de los elementos religiosos.

Sobre este último tema, pero con ciertas referencias a otros puntos concomitantes, puede leerse del mismo Kaser la conferencia que pronunció en Catania, contemporáneamente a la publicación del libro, y se publicó en los *Annali del Seminario Giuridico* de aquella Universidad (III, 1948-49, pp. 77-98), en la versión italiana de A. Guarino, con el título *Religione e diritto in Roma arcaica*. Igualmente pueden considerarse lecturas complementarias de este libro otros muchos estudios monográficos del autor, especialmente su *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Weimar, 1943) y otros artículos recientes, así como también puede encontrarse un reflejo de sus teorías en su reciente *Römische Rechtsgeschichte* (Göttingen, 1950).

Todavía conviene advertir antes de nada que Kaser ha renunciado al comparativismo. En efecto, éste resulta tentador para todo el que trata de

investigar el Derecho primitivo y tropieza a cada paso con lagunas de conocimiento que parecen pedir el remedio de la analogía con elementos sacados de otro sistema jurídico no-romano. Sin creer que todo comparativismo sea censurable, quizá deba estimarse como un acierto del autor el haber renunciado a él en este caso, pues, dada la envergadura de esta obra, la comparación con otros derechos primitivos hubiese resultado de gran dificultad a la vez que hubiese desvirtuado las conclusiones que el autor quería obtener para el genuino concepto del *ius* romano. El comparativismo parece más indicado cuando se hace un estudio sobre una institución concreta, por ejemplo, como hizo P. Koschaker con *Die Eheformen bei den Indogermanen* (1937). En la *Introduction to the early Roman Law* de Westrup (que Kaser no pudo tener en debida cuenta a consecuencia de las dificultades de comunicación bibliográfica de todos conocidas), en cambio, la comparación parece llevarse más allá de sus justos límites, y por eso las determinaciones generales, por ejemplo, sobre el mismo concepto de *ius* y *fas*, resultan inevitablemente vagas e infructuosas.

La renuncia al comparativismo no quiere decir, empero, que Kaser no haga aquí y allá alguna alusión a otros derechos; por ejemplo, a propósito del proceso (p. 8) o de la *sponsio* (pp. 256 ss.).

Sería vano intento hacer aquí un resumen de todas las conclusiones de un libro tan lleno de ideas y tan sugestivo. Por eso mismo me limitaré a dar en pocas palabras la idea fundamental del autor, que puede extraerse de la lectura de todo el libro, y me abstendré de ir reseñando uno a uno sus distintos capítulos. A continuación me detendré más especialmente en algunos puntos en los que me parece provechoso dialogar con el autor. Eventualmente aludiré a las reseñas que de este libro hicieron H. J. Wolff en *Seminar*, 7 (1949) 86-95, y A. Magdelain en *RHD*, 28 (1950) 105-110. [Demasiado tarde he visto las de Luzzato en *SD*, 15. Guarino en *Iura* I y Wieacker en *SZ*, 67.]

En el concepto genuino de *ius* ve Kaser (independientemente de la etimología, que considera siempre discutible) un apoderamiento que los dioses aceptan como lícito frente a otro hombre. Lo contrario de *ius* es la *iniuria*. Todo acto antijurídico es considerado primitivamente como *iniuria*; esta es, pues, el delito originariamente único y genérico. La intervención de los dioses, empero, no impide que pueda distinguirse claramente el *ius*, que se refiere siempre a una licitud frente a otro hombre que sufre el acto de apoderamiento, del *fas*, que supone una licitud frente a la divinidad. Ambos conceptos son, pues, distintos, aunque puedan coincidir perfectamente: de un mismo acto puede decirse *fas est* y *ius est*.

En consecuencia, Kaser niega un estadio primitivo en que se confundiera la Religión con el Derecho. Las dos esferas habrían estado perfectamente delimitadas, si bien elementos religiosos podían intervenir y entremezclarse con los jurídicos sin perturbar la naturaleza estrictamente profana de éstos. Así, por ejemplo, con el formalismo, que, general para todas las instituciones primitivas del Derecho Romano, procede del mundo de lo religioso, aunque propiamente, según Kaser, de una etapa (para mí

discutible) mágica, pre-deística. Así, sobre todo, con el recurso a la decisión divina para la determinación de lo que es *ius* mediante la forma del juramento (*sacramentum*). La determinación de la licitud de un acto de apoderamiento requería el juramento del que lo ejercita y el del que no quiere reconocerlo como lícito. Mediante ese *sacramentum* la cuestión quedaba deferida a los dioses, que habían de declararse sobre la veracidad o perjurio. Obtenida tal declaración, primitivamente por medio de una ordalia, el perjurio quedaba execrado (*sacer*) y expuesto, por tanto, no sólo a la venganza de los dioses, sino de los mismos hombres, a los que la presencia de un execrado podía resultar peligrosa. Cuando en una etapa ulterior es el juez el que interpreta la voluntad divina sin necesidad de pruebas ordálicas, su decisión vale todavía como expresión de un mandato divino, pero por ese camino el *ius* había de tender a secularizarse, de suerte que la decisión judicial valiera como expresión de una regla objetiva de licitud. Por ese medio el *ius* se hace «ordenamiento de poderes».

Es claro que la determinación del acto de apoderamiento que es *ius* debería realizarse en cada caso concreto, y de ahí que el Derecho primitivo sea un «Derecho de casos». Cada sentencia concreta hace el *ius*. Pero cada sentencia, al valer como precedente para otra posterior, sienta un fundamento de *ius*, es decir, tiende a valer como norma. El *ius* es así algo estrictamente judicial y precisamente reducido al proceso privado. Kaser, en efecto, identifica el *ius* con el precedente del proceso privado. La aplicación al proceso criminal supondría una extensión ulterior, fundada en que también en aquél se creaba una normatividad mediante resoluciones concretas de un juez, siendo así que en una etapa anterior del Derecho Penal, los crímenes daban lugar a una sanción inmediata de tipo sacro o coercitivo militar, sin necesidad de juicio declarativo.

A la misma tendencia expansiva obedece el que la *lex*, declaración que originariamente era también casuística, llegara a considerarse como expresión del *ius*, pues también ella, lo mismo que la sentencia judicial, valía como fundamento de juicio. Y así, progresivamente, el *ius* se fué extendiendo a nuevas zonas de normatividad, principalmente a las relativas a las relaciones fundadas en la *fides*, ajenas en su principio al *ius*, ya que eran aplicables a los extranjeros, por más que en ciertos aspectos (fiducia, tutela...) pudieran hallarse restringidas a los ciudadanos. De esta suerte, el *ius* tendió a convertirse en sistema de normas, incluso en materia netamente religiosa (*ius sacrum*), o de disposiciones reglamentarias (*ius honorarium*).

El que el *ius* implicara la licitud profana, reconocida por un juicio sacramental, de un acto de apoderamiento, quiere decir que el *ius* tiene carácter ejecutivo. Según Kaser tal ejecutividad depende, desde el momento en que el magistrado estatal sustituye a la intervención de familiares y vecinos que acreditan espontáneamente el título de ejecutividad, de la *addictio* de ese magistrado. La *addictio* sería la forma general de declarar el *ius* un magistrado, con efectos frente a terceros: sería cabalmente la forma primitiva de sentencia, ya que, de conformidad con Wenger y como

ha estudiado más extensamente en otros trabajos, Kaser cree que la bipartición del proceso clásico no es originaria y que el mismo magistrado, antiguamente, daba él la sentencia. Tal *addictio* se encuentra en la *manus iniectio*, pero también en el proceso real, ya que la *in iure cessio* en la que aparece tiene carácter netamente procesal y refleja la *actio in rem* primitiva. Así, pues, las dos formas de apoderamiento son: o la *manus iniectio*, que supone al apoderamiento de una persona, o la *vindicatio*, que supone el apoderamiento de una *res*. Como quiera que el régimen de las acciones reales ya fué estudiado por Kaser en su mencionado libro *Eigentum und Besitz*, se ocupa en el presente principalmente de las acciones personales.

Si el *ius* es ejecutivo, la sanción personal única fué primitivamente la *manus iniectio*. Tal ejecución podía seguir a un delito fácilmente indiscutible en el ambiente pequeño de la Roma más antigua; pero, en caso de duda, se hacía necesario, lo que se generalizó después, un procedimiento declarativo antes de proceder a la *manus iniectio*, que es cabalmente la *legis actio per sacramentum in personam (actio generalis)*. Así, pues, el más antiguo título de ejecutividad personal es el delito, sea directamente, sea mediante sentencia. Pero ese no era el único título de ejecutividad. La misma fuerza tenía la *stipulatio*, acto profano de sujeción que el autor separa en sus orígenes de una *sponsio* de carácter religioso, y así también una serie de actos *per aes et libram (nexum, legado per damnationem, declaración del modus agri)*, cuya ejecutividad se fundaría en la *nuncupatio*, dotada de esos efectos por la ley de las XII Tablas (*ita ius esto...*). Pero también, en virtud de otras disposiciones legales, nos encontraríamos con la misma fuerza ejecutiva en el caso del *depensum*, de la ley Aquilia *de damno*, y en el de la ley Furia, limitadora de los legados. En todos estos casos existiría una ejecutividad directa que produciría, en caso de resistencia, el peligro de la litiscrescencia (*adversus infitiantem...*). El autor desarrolla, a propósito de esta conexión entre ejecutividad y litiscrescencia, una de las partes más interesantes de su libro, reconstruyendo con pocos residuos que perduran en la época del Derecho Romano conocido un régimen primitivo congruente.

Expuesta con esta simplicidad la teoría de Kaser sobre el concepto primitivo de *ius*, pasemos ahora a la consideración de algunos puntos particulares.

Empecemos por el mismo concepto de *ius*. Como ya han observado Wolff y Magdelain, me parece que Kaser ha restringido excesivamente el alcance de la palabra al reducirlo al fallo del proceso privado. El primero llamó la atención sobre el hecho de que no todo *ius* es creación de la sentencia, sino que la sentencia reconoce un *ius* ya preexistente. Así, en efecto, el reivindicante afirma «*ius feci*» antes de que haya recaído una sentencia. Por este motivo, Wolff prefiere definir el *ius* como «todo aquello que una persona (o un grupo) reclama ejercitando un poder, siempre que ese poder sea reconocido (no «concedido») y protegido por los dioses, o, posteriormente, bajo un ordenamiento legal racionalmente concebido, por

el magistrado del Pueblo romano» (p. 91). Así, pues, no se trataría simplemente de un acto que no resulta *iniuria*. Wolff insiste en que el *ius* es precisamente el objeto de la reclamación. En realidad, el mismo Kaser parece querer obviar la objeción cuando dice repetidamente que el *ius* supone una licitud reconocida o que «puede ser reconocida» mediante un juicio sacramental. Pero, por otro lado, quizá sea excesivo suponer que siempre que se habla de *ius* en otro campo que no sea estrictamente el del proceso privado se trata de una ampliación ulterior del concepto. Con esto se relaciona el problema de la distinción *ius-fas*.

Kaser parte, como Orestano (*Bull* 46, 194), de las expresiones primarias *ius-fas est, iniuria-nefas est*; pero no cree, como aquél, que *fas* se refiera a una licitud de una declaración oral (*fari*) y *ius* a la de otro acto cualquiera, ni tampoco admite la opinión de De Francisci de que el *fas*, con los *mores*, constituían el ordenamiento interno de los grupos familiares, en tanto el *ius* reglamentaría las relaciones entre los jefes de los mismos, sino que Kaser ve la diferencia simplemente en que el *ius* es licitud frente a los hombres (profana) y el *fas* frente a los dioses (sacra). Pero, naturalmente, tropieza con dificultades para aclarar aquellos textos en los que *ius* se entromete en una relación típicamente religiosa. El que una cierta indiferenciación se estableciese por el hecho de que el *ius* se convirtiese en *fas* mediante el procedimiento sacramental, que colocaba la cuestión humana bajo el arbitrio divino, me parece, como a Wolff, una explicación algo forzada.

Sin pretender hacer aquí una exposición del tema, me parece que para la contraposición de ambos conceptos conviene partir de una aplicación concreta en que pueda captarse fácilmente el matiz de diferencia. Quizá puede servir para tales efectos el considerar las posibles diferencias entre *dies fasti* y *dies iusti*. Los primeros son aquellos en los que es lícito actuar en justicia; *dies iusti*, en cambio, son los días que se dan de plazo para que el *iudicatus* trate de buscar remedio a la inminente *manus iniectio* o el enemigo evite la guerra declarada. Se trata, pues, de días preceptivos y no simplemente lícitos. En Cicerón, *De leg.* 2, 9, 22 nos encontramos con *dies iusti* en el sentido de días señalados para realizar una determinada ceremonia religiosa. Tanto aquí como en los *dies iusti* de las XII Tablas, como en los de la *clarigatio*, vemos que se trata de días dispuestos para algo. Por este camino me parece que llegamos a una conclusión análoga a la que defiende Kunkel para la época republicana, a saber: que *fas* es lo permitido y *ius* es lo ordenado. Contra eso objeta Kaser (p. 34, n. 55) que el *ius* no se agota en órdenes, sino que encierra también simples facultades. Esto es verdad, pero la observación se salva matizando la contraposición de este modo: *fas* supone la licitud de un acto considerado en sí mismo; *ius*, en cambio, es la disposición lícita de un acto en relación de alteridad. Es decir, se enlaza así con la misma teoría de Kaser, pero sin caer en las excesivas restricciones en que él incurre. El *fas* supone una relación del acto humano con la divinidad, por cuanto se considera el acto en sí mismo; el *ius*, en cambio, implica una posición justa

en relación con las de los demás, con el orden colectivo. En este sentido no hay dificultad para admitir un *ius sacrum* (aunque la expresión misma sea algo posterior). Todo lo que es disposición ritual (v. gr.: *sacra faciant quae ius sicut sacerdotem Vestalem facere*) puede considerarse, por cuanto supone un orden de compatibilidad de competencias, distribución de funciones, y no tan sólo una no pecaminosidad, como verdadero *ius*. Un acto sacerdotal puede ser *nefas* por cuanto ofende a la divinidad, pero puede también ser *iniustum*, por cuanto está en contradicción con el sistema ritual colectivo establecido. De este modo parecen combinarse la posición de Kunkel con la de Kaser, pues, en efecto, las dos me parecen tener mucho de cierto.

Por lo demás, el concepto de *ius* aparece algo fluctuante en el desarrollo de la teoría de Kaser: unas veces parece llamarse *ius* al acto mismo; otras, a la licitud de un acto. Así, página 24: «jedes Verhalten das keine andere Person verletzt, insbesondere der erlaubte Zugriff der keine Privatrache erzeugt»; página 28: «eine Handlung als erlaubt»; también en *Studia et Documenta*, 13/14, página 387: «ein Verhalten das keine Menschenverletzung enthält»; en cambio, página 25: «die durch Eid beweisbare Erlaubtheit einer Handlung, besonders eines eigenmächtigen Zugriffs»; página 96: «Rechtmässigkeit eines Verhaltens»; página 29: «eine von den Göttern gewährte und kundgemachte Erlaubtheit»; también páginas 31, 33, etc.. El autor oscila así entre el «acto lícito» y la «licitud del acto», sin atribuir a la abstracción el carácter de derivación ulterior.

Kaser parece tender a un concepto objetivo de *ius*, puesto que éste viene a ser el contenido de la sentencia que declara no haber *iniuria*, y por eso mismo se ve obligado a admitir, al lado de ese sentido objetivo, otro subjetivo, como titularidad que de tal sentencia se deriva para el vencedor en el proceso. En mi opinión, *ius* no tiene en su origen ni un sentido objetivo, ni uno subjetivo, sino que corresponde a una idea intermedia y ambivalente, en relación con la reconocida «dinamicidad» del concepto: una idea que en español puede darse aproximadamente con la frase «posición justa». Pero sobre esto doy una amplia explicación, teniendo en cuenta precisamente la teoría de Kaser sobre el *ius* en sentido subjetivo, en mi contribución a los *Studi* en memoria del malogrado maestro Albertario; por lo que me dispense de insistir nuevamente aquí.

Como quiera que Kaser, con Wenger, niega para el Derecho Romano primitivo un proceso bipartito y sostiene que toda la instancia procesal sería llevada en esa época exclusivamente por el magistrado (los pontífices, contra De Martino, no habrían tenido más que un papel puramente consultivo), llega a la aparentemente forzosa conclusión de que *ius dicere* y *iudicare* (aplicados posteriormente para distinguir las dos funciones, la del magistrado y la del juez respectivamente) querían decir originariamente una sola y misma actividad, la del magistrado-juez. Evidentemente, los dos términos que componen ambas palabras (*ius* y *dic-*) nos conducen a lo mismo: a una declaración o demostración del *ius*. Con todo, me parece sorprendente que existiesen dos términos para designar una misma cosa exac-

tamente, y también me sorprende que, teniendo el mismo significado, pudieran polarizarse después en dos sentidos técnicos tan distintos. ¿No habrá alguna diferencia originaria entre *-dicare* y *-dicere*? Si comparamos *vim-dicere* con *vim-dicare* quizá lleguemos a la conclusión de ver esta diferencia: que *vim dicit* el que muestra una *vis* ajena, el *vindex*, entendiendo por *vis*, no el acto de violencia del *manum iniciens*, sino el derecho del atacado a quien el *vindex* defiende, en tanto *vindicat* el que hace un acto de afirmación de su propia *vis*, al decir «*hunc ego hominem meum esse aio...*». Si, por otro lado, tenemos en cuenta la expresión *vindicias dicere*, también veremos ahí el verbo *dicere* referido a un objeto ajeno. Si estas observaciones son fundadas, un mismo magistrado *ius dicit* y *iudicat*, ya que, al dar sentencia, declara, por un lado, el *ius* del vencedor en el litigio, pero, por otro, hace también una declaración de su propio *ius*, esto es, de su opinión jurídica, de su «posición». En *ius dicere* podemos entender *ius* en un sentido subjetivo, en *iudicare*, como objetivo, pero, probablemente, para los romanos las dos palabras suscitaban aquella misma idea intermedia que traducimos por «posición». El derecho subjetivo es una posición justa de un sujeto; el derecho objetivo, la posición justa del que da sentencia.

Esta idea que acabo de exponer, y que presento tan sólo como hipótesis necesitada de más pausada meditación, choca, entre otras cosas, con la teoría de Kaser de que el *vindex* hace una *vindicatio*. Como el mismo Kaser no deja de reconocer (p. 199), hay diferencias esenciales entre el acto del *vindex* y el del *vindicans*. En primer lugar, el *vindex* entabla el proceso personalmente, sin necesidad de que esté presente el deudor en ejecución, lo que implica una exclusión del trámite del *vindicias dicere* propio del proceso real; por otro lado, el *vindex* se obliga él, de suerte que si es vencido y no presenta al que defendió, incurre en la necesidad de liberarse él mediante el pago del duplo, en tanto el *vindicans* no asume él ninguna obligación, sino los *praedes litis et vindiciarum*. Observo de paso que en página 197, nota 25, Kaser excluye del supuesto del *vindex* vencido la disposición de la ley Ursonense, cap. 61; como pienso explicar en otra ocasión, me parece más acertada la interpretación de Mommsen que la de Exner, a quien sigue el autor; yo no veo dificultad en que nuestra ley establezca una multa pública contra el *vindex* temerario además de la del *duplum* que debía ceder en beneficio del vencedor. En cambio, en la expresión *manum inicere iussus*, que aparece al comienzo de este mismo capítulo 61, podría verse un apoyo para la teoría de Kaser de que la *manus injectio* exigía una previa *addictio*.

Volviendo a la comparación entre el *vindex* y el *vindicans*, es de observar que Kaser, consecuente con su idea de la equiparación, recoge la idea avanzada ya hace años por Koschaker (SZ. 37. 361. n. 1) de que el *vindex* tenía sobre el deudor que defendía con su intervención una propiedad relativa, un poder fiduciario limitado a los fines de la defensa ante el *manum iniciens*; en virtud de ese poder podía el *vindex* vencido entregar su defendido a la disposición del vencedor; en caso de vencer el *vindex*, tal pro-

piedad quedaba automáticamente extinguida (lo que se deduce de lo que dice Kaser: «siegte dagegen der vindex, dann blieb der Beschuldigte endgültig frei»). Se trata, naturalmente, de una simple hipótesis constructiva, enderezada a explicar un papel vindicante del *vindex*; pero tal hipótesis me parece en contradicción con el sistema que conocemos para las adquisiciones de potestades, que parece pedir siempre un acto formal que no parece ser el de la misma intervención del *vindex* frente al *manum iniciens*; en todo caso, si en la *vindicatio* hace falta una *addictio* para que se considere eficazmente adquirido, con efecto frente a terceros, un tal poder, no es fácil de explicar cómo aquí podía pasarse al mismo resultado sin necesidad de *addictio*. El estado actual de las fuentes no permite hacer conclusiones firmes, pero sí permite dudar de la existencia de una tal potestad del *vindex* sobre su defendido. Probablemente, el *vindex* no disponía de un poder jurídico para presentar por la fuerza a su defendido, en caso de salir él vencido; a este respecto hay que observar cómo el citado pasaje de la ley Ursonense no habla para nada de tal presentación, sino directamente del pago del *duplum*.

De lo dicho se desprende que para Kaser la *manus iniectio* es primariamente la ejecutiva y no la de citación, contra Noailles (ante cuya doctrina no toma, de todos modos, una posición crítica lo suficientemente ceñida), que sostiene ser la *manus iniectio*, no una acción, sino una *legis actio* de citación. Para Kaser, la *manus iniectio* de citación, que sólo se podría referir a los procesos *in personam*, provendría del hecho de haberse introducido dentro de la *m. iniectio* ejecutiva un procedimiento declarativo, precisamente la *legis actio per sacramentum in personam*, que se hizo necesario, primeramente, para aquellos casos en los que no era evidente el título ejecutivo. La explicación es ingeniosa, pero quizá todos tendamos a exagerar el valor técnico de las expresiones jurídicas arcaicas. Me parece muy posible que expresiones como *manus iniectio* o también *legis actio* no tuvieran un sentido técnico definido. Es decir, no me extrañaría que se hablase de *manus iniectio* en el sentido genérico y poco técnico de «prender una persona», p. ej., a consecuencia de una sospecha de crimen (vid., por ejemplo, en una época posterior, S. Marc., 14, 46: *illi manus iniecerunt eum et tenuerunt eum*, en el Prendimiento de Jesucristo). Las XII Tablas pudieron perfectamente adoptar un término de la lengua hablada sin valor técnico limitado. Lo mismo con *legis actio*. Como pienso explicar en otra ocasión, *actio* no tuvo en un principio el sentido técnico de acción procesal, sino que designaba todo tipo de actuación; la referencia al proceso empezó por ser de carácter material (la vista procesal) y no como abstracción, para designar el proceso como ente jurídico. Así, pues, no debe sorprender que existan *legis actiones* fuera del proceso, como sabemos que las había, empezando por la misma *pignoris capio*.

La relación establecida por Kaser entre la *mancipatio* y la más primitiva *vindicatio* pre-estatal, es decir, sin *addictio* del magistrado, está bien fundada. Esto le lleva a la consecuencia (pp. 310 ss.) de que el ámbito de aplicación debía de ser el mismo para una y otra; pero lo que no acaba

de convencer es la razón que da Kaser para la reducción ulterior del acto mancipatorio a las *res mancipi*. Según él, la *mancipatio* perdió terreno por considerarse insuficiente, al desarrollarse la ciudad, la publicidad de los cinco testigos. Pero esta razón conduciría a explicar la exclusión de tal acto de publicidad insuficiente en el caso de las *res mancipi*, que eran estimadas como más necesitadas de transmisión controlada, pero no precisamente para la exclusión en el caso de objetos de menor valor.

Respecto a la explicación de la fórmula de la *vindicatio*, creo que todo ha de quedar en el terreno de las puras conjeturas, y no me entretengo en la que Kaser presenta, porque, según nos informa Wolff (p. 90. n. 2), parece ser que el autor, después de la publicación del libro que reseñamos, encuentra más convincentes las explicaciones de Noailles. Tendríamos, pues, que tomar posición frente a estas explicaciones, pero ello alargaría excesivamente este comentario de la obra de Kaser.

Tampoco en materia de *mancipatio* y *nexum* es de esperar que la tesis de Kaser se imponga definitivamente, por más que nadie negará que es sugestiva. En especial resulta seductora la teoría sobre la *nexi liberatio* como pago formal que hacía adquirir al pagador un poder limitado sobre el liberado, a los efectos del regreso; el deudor pasaría así del poder de un acreedor al de otro más benigno quizá; y digo quizá porque en muchos casos podría resultar también desventajosa para el deudor tal subrogación de acreedor. De todos modos, también aquí falta la demostración de la adquisición de tal poder limitado, al igual que en el caso del *vindex*, y cabría preguntar todavía si el *vindex* que pagaba el *diplum* podía considerarse a los efectos del regreso como un *nexi liberator*. La dificultad se enlaza así con la de la supuesta propiedad limitada del *vindex* sobre su defendido.

Dejando en el tintero posibles observaciones acerca de otros muchos puntos de esta extensa obra, quiero llamar la atención todavía sobre la hipótesis de Kaser acerca de la *sponsio-stipulatio*. Según nuestro autor, tendríamos en el contrato estipulatorio la combinación de dos negocios originariamente distintos: un negocio de sujeción civil de una persona respecto a su acreedor por una forma simbólica y, por otro lado, una forma de juramento que servía de promesa de pago. Precisamente por su carácter de juramento, la *sponsio* habría quedado privada de la sanción de la *legis actio per sacramentum*; en efecto, no podían darse dos juramentos sobre el mismo asunto; en consecuencia, se habría dado la *legis actio per iudicis postulationem* en virtud de las XII Tablas, en cuya época la *sponsio* ya estaría fundida con la *stipulatio*. Originariamente la *manus iniectio* habría sido la sanción propia de ese negocio, pero las XII Tablas habrían seguido un giro de secularización debilitadora. Al exponer esta hipótesis, Kaser no da el debido relieve a la muy análoga de Angelo Segré, al que cita en la página 276, nota 42; pero sin tener en cuenta la posición rectificadora del mismo autor, según se desprende de su artículo *The stipulatio; its original meaning*, publicado en el *Annuaire de l'Institut de Philologie et d'Histoire orientales et slaves*, 7 (1939-44) 273, que conozco gracias al amable envío del autor. Aquí interpreta A. Segré la *stipulatio* como la fusión de un ne-

gocio de préstamo de metálico que se pesaba como en la mancipación (y, posteriormente, al introducirse la moneda, se representaba por un *stipulum*, como el *raudusculum*), con la forma promisorio de la *sponsio*, gracias a la cual la *stipulatio* pudo convertirse en un negocio abstracto. Así pues, si la *mancipatio* se hizo una *imaginaria venditio* gracias a la *nuncupatio*, la *stipulatio* pudo hacerse un *imaginarium mutuum* gracias a la *sponsio*. Esta teoría de la *stipulatio* como mutuo que se hizo simbólico me parece de gran interés para la inteligencia de la teoría romana del *creditum* y su sanción genérica por la *condictio*, pero no puedo entretenerme aquí en esta cuestión.

No absolutamente convincente me parece todavía la teoría de Kaser acerca de las acciones de buena fe. Conforme con Kunkel, cree el autor que esas acciones no fueron civiles en su origen, ya que no tenían su fundamento en la ley, si bien acabaron por serlo, como muestra el que el Edicto no dé un edicto especial para ellas, sino tan sólo la fórmula, como ocurre con las demás acciones civiles. Al no caber en la acción *per sacramentum* una pretensión por un incierto en correspondencia a la fórmula *quidquid*, la misma razón excluía a la acción *per conditionem*, siendo así que la *iudicis postulatio* tenía un campo de aplicación delimitado por la ley, en el que tampoco entraban tal tipo de pretensiones: de esta suerte, las relaciones *bonae fidei* quedaban sin posible sanción por un *legis actio*, pero, como, por otro lado, cree Kaser que no se puede decir que todas esas relaciones jurídicas tan frecuentes e importantes fueran desconocidas de los romanos y fueran importadas de la práctica peregrina, llega a la conclusión de que debieron de estar sancionadas, antes de la ley Ebuca, por un tipo de proceso oral, no legal, sino fundado en la jurisdicción pretoria («nichtgesetzliche Spruchformel»). La verdad es que resulta difícil de explicar cómo tratándose de un recurso procesal de tanta importancia práctica, no se nos conserva de tal acción pretoria ningún testimonio; también resulta inexplicable, por otro lado, que, si el pretor tuvo en ese terreno un margen extralegal tan amplio, sus facultades no se mostraran más decididas en la sustitución de las otras vías procesales (esto es, las *legis actiones*), acontecimiento que vemos realizado tan sólo en época posterior por obra de la ley Ebuca. Kaser busca apoyo principalmente en la incógnita de la primitiva sanción de la *fiducia*, institución en la que hay que admitir se abre el primer cauce de la *bona fides*. Como es sabido, en Cic. *de off.* 3. 17, 20 tenemos dos trozos de formularios pertenecientes a la *fiducia*: *quod autem gentium idem civile esse debet... nam quanti verba illa "uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sieni"? quam illa aurea "ut inter bonos bene agier oportet et sini fraudatione"... in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur "ex fide bona"... idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis...* Si en la segunda parte del texto se trata claramente de las fórmulas *bonae fidei*, las expresiones entrecomilladas en la primera parte del texto están en una conexión incierta con una institución sancionada por una fórmula *bonae fidei*, que parece ser la *fiducia*, cuna reconocida de todas las relaciones de ese tipo. Como la primera de estas dos expresiones entrecomilladas presenta una redacción en

segunda persona, saca Kaser la consecuencia de que procede de una fórmula oral del estilo de las que tenían las *legis actiones*, que rezaría aproximadamente así: "*aiō te mihi dare oportere uti ne propter te...*" La frase "*ut inter bonos...*", en cambio, pertenecería a la fórmula escrita de la *actio fiduciae*. Pero tal hipótesis de fórmula oral para la *actio fiduciae* pre-Ebuciana me parece sumamente dudosa. Es verdad que una redacción en segunda persona excluye la pertenencia a una fórmula escrita, redactada siempre en estilo objetivo, pero lo que no resulta todavía claro es que tengamos en la frase "*uti ne propter te...*" un trozo de fórmula procesal y no, por ejemplo, un trozo de *mancipatio* fiduciaria (lo que, francamente, tampoco me parece probable), ni tampoco que Cicerón reproduzca literalmente la expresión y no la dramatice un poco poniéndola, por su cuenta, en segunda persona. En todo caso, admitiendo que se trata de una fórmula procesal exactamente transmitida, tampoco es imposible que pertenezca, conjuntamente con la otra expresión entrecomillada, a una misma *legis actio* que dijera algo como: "*aiō te a me fundum Cornelianum accepisse nec ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione reddidisse, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*". Sea como sea, pues falta, como digo, una prueba a cualquier hipótesis que se quiera lanzar sobre esa incógnita, hay que observar que, del mismo modo que en la *pignoris capio* tenemos una *legis actio* consuetudinaria, cabría también una *legis actio* fundada en la *fides*, por más que no creo se necesite pensar en ninguna *legis actio* especial para la fiducia, ya que me parece que en ese caso podía litigarse *per conditionem*. Que la *condictio* post-Ebuciana era aplicable a la fiducia lo admite, aunque de pasada, el mismo Kaser (p. 289). En efecto, en la fiducia tenemos una *datio ob causam* como cualquier otra. Ahora bien: si la *condictio* era posible para la recuperación de la *res fiduciae causa data*, resulta muy probable que, antes de la ley Ebuciana se aplicase la *legis actio per conditionem*. En Gayo, IV, 33, se dice que no había acciones con ficción de *condictio*, sino que en todos esos casos se pedía un "*dari nobis oportere*" sin más: *itaque simul intellegimus eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus* (esto es, la condición post-Ebuciana) *sua vi ac potestate valere; eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles*. Por tanto, la *actio fiduciae* aparece aquí en cierta analogía con la *condictio* y con la antecesora *legis actio per conditionem*.

De aplicarse la *legis actio per conditionem* a la fiducia, quedaría todavía la duda de la posible sanción antes de la lex Calpurnia que extendió aquella acción a las reclamaciones de una *certa res*, pero aquí el mismo Kaser nos da la solución al mostrar convincentemente cómo las relaciones sancionadas por esa acción lo habían sido anteriormente, en virtud de su carácter delictual, por el *sacramentum (in personam)*. No es preciso, pues, pensar en posibles sanciones de carácter sagrado, tuteladoras de la *fides*, sustituidas posteriormente por sanciones censorias. Por lo demás, quizá el ponerse este problema de tan primitiva sanción de la fiducia sea inconsecuente en Kaser, ya que éste afirma la no-antigüedad de la fiducia. A este respecto me parece

poco convincente el argumento de que la fiducia no pudo ser muy antigua porque, cuando apareció, la *nuncupatio* mancipatoria estaba lo bastante anquilosada ya para no recibir las cláusulas fiduciarias y hacer necesario un *pactum* adjunto. Esto no es totalmente exacto, puesto que sabemos que en la misma fórmula mancipatoria se incluía indubitavelmente (vid. Fórmula Bética y la Tabla de Popea) la mención de que la transmisión era *fiduciae causa*; si existía además un *pactum*, ello no se debe a anquilosamiento de la *mancipatio*, sino a la necesidad de una forma más flexible para detallar las modificaciones establecidas a las posibles pretensiones recíprocas de fiduciante y fiduciario. Esta postergación de la antigüedad de la fiducia se debe en Kaser a su teoría, común con Koschaker, de la propiedad dividida: a Kaser se le hacía un poco duro admitir, como hizo Koschaker, que también en la fiducia había una división funcional de la propiedad; en el *pignus*, en cambio, tal idea parecía encajar mejor y por eso debía considerarse al *pignus* como más antiguo. Pero también aquí esa idea de la propiedad dividida temo que nos desvíe de la conclusión acertada.

Si en el caso de la fiducia cabe dudar fundadamente de la supuesta fórmula oral no legal, otro apoyo para suponer algo análogo en las otras relaciones de *bona fides* no cabe esperar. Es verdad que Kaser muestra algunos elementos civiles que pueden servir de precedente a los contratos consensuales, pero precisamente tales elementos pertenecen a esferas de carácter público sancionadas por procedimientos de otro tipo. Queda siempre la duda de cómo un pueblo como el romano pudo dejar sin sanción relaciones tan naturales y necesarias como las de los contratos no-formales y tuvo que dejarse influir, para conceder tal sanción, de la práctica peregrina. Quizá la falta deba considerarse muy reducida a consecuencia del amplio concepto primitivo del *furtum*, de la función real que primitivamente tuvo la venta mancipatoria, del extendido uso de las estipulaciones para formalizar toda clase de convenciones, del escaso desarrollo comercial interno de Roma, etc. En todo caso, creo que, como en tantas otras cuestiones de orígenes, debemos practicar la *ars ignorandi*.

La serie de consideraciones que suscita la lectura de este importante y comprensivo libro podría prolongarse todavía mucho más, pero creo que bastan las ya hechas para que el lector perciba cuán instructiva, estimulante y hasta amena resulta su lectura. Indudablemente, los estudios sobre el Derecho primitivo de Roma y aun, en general, los estudios romanísticos todos tendrán que tomar la obra que reseñamos como inevitable punto de partida. Su autor corona con ella un fundado prestigio universal dentro de la romanística contemporánea.

ALVARO D'ORS