

ledo, asambleas donde fulguran San Leandro y San Isidoro, no da cabida en la organización a las «iglesias propias» y se reduce con fundamento a denominarlas «iglesias fundacionales».

Otros problemas brotan de las enjundiosas páginas publicadas por el padre Martínez Díez, pero no podemos detenernos en todos; nuestra intención no puede ser otra que dar noticia del valor de una tesis y éste no radica ni en la multiplicidad de las cuestiones ni en el número de las páginas, sino en el progreso que significa en la investigación, en el aporte a la ciencia, el trabajo del padre Martínez. En eso es considerable y debemos gratitud al autor.

R. P. B.

ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano?* Giappichelli, Torino, 1961. xv + 703 págs.

Nueva edición del curso (ahora en Roma) de lecciones sobre problemas metodológicos del derecho romano.

A. O

d'ORS, Alvaro: *Elementos de Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1960), XII y 386 págs.

El libro de A. d'ORS, modestamente presentado como Elementos de Derecho Privado Romano, es una síntesis original y personalísima en que se resumen los puntos de vista logrados por el autor a lo largo de su conocida labor de investigación romanística.

En esta obra cristaliza toda una actividad investigadora, lo que podríamos denominar conducta científica del autor durante años; en una palabra, sus criterios metodológicos. Así, sus preferencias hacia el Derecho romano clásico, en donde, como dice en el Prólogo, ha centrado su «foco de luz». Esta predilección por la Jurisprudencia clásica romana como meta de la investigación aparece ya señalada en sus «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano» (Salamanca 1943). En el libro que nos ocupa, el centrar la exposición ciñéndose al perfil clásico de las instituciones se debe, además, a un criterio pedagógico: el evitar que el alumno desvíe la atención «hacia aspectos pintorescos del Derecho primitivo dejando en la penumbra de la memoria lo que constituye realmente la obra maestra de la Jurisprudencia romana».

Se trata de un libro de texto para estudiantes que ha de ser explicado en lecciones, pero también de una obra llena de sugerencias para investigadores. No se trata, por tanto, de una síntesis vulgarizadora de las instituciones jurídicas romanas: no es un libro fácil, aunque sí claro, de

acuerdo con el propósito expreso del autor. Una rigurosa economía de conceptos y expresiones preside toda la exposición.

Nos hallamos ante un manual que representa, en la literatura romanística española, la mayor novedad. Es el primer manual español avalado por una serie de estudios monográficos en cada una de sus afirmaciones. Serán discutibles algunas de éstas e incluso el carácter a veces excesivamente sintético y hasta la sistemática del libro, sobre todo si se piensa en sus fines didácticos; pero la obra es un logro de la romanística española digno de presentarse fuera de España, donde el autor es suficientemente conocido.

La obra consta de cuatro partes fundamentales: Introducción; Parte I: La propiedad; Parte II: La herencia; Parte III: Obligaciones. Detengámonos, aunque sea someramente, en el análisis de cada una de estas partes.

I. Introducción: Comprende esta primera parte, fundamentalmente, el estudio de las Fuentes y el Procedimiento.

Parte del concepto de *ius* definiéndolo como «acto de violencia privada que la sociedad, a través de sus jueces, reconoce como ordenado y ajustado a las conveniencias». Preferiríamos otra definición, aunque en cierto modo análoga a ésta, dada por el autor en su estudio «Aspectos objetivos y subjetivos del *ius*» (en Studi Albertario, vol. II, pp. 279-299. Milán, Giuffrè 1953); a saber: *ius* es sinónimo de «posición justa». Para evitar la tautología quizá pudiera decirse que *ius* significaba posición ajustada o acomodada a lo que debe ser según una norma admitida colectivamente. Diríamos por nuestra parte que *ius* vendría a ser lo lícito civil, es decir, el acto vinculante al cual se le reconocía validez colectiva, ritual si se quiere. El *fas* sería lo lícito religioso, o, como dice el autor, «todo acto humano no prohibido» que, dado el carácter religioso de las prohibiciones, el *fas* llega a identificarse con una especie de *ius divinum* (p. 13). Reconoce, por otra parte, el autor, las conexiones del *ius* con la religión, pero termina afirmando su carácter secular (p. 14).

Ciertamente, el primitivo concepto de *ius* será imprecisable —al menos con rigor— debido al desconocimiento del proceso primitivo romano. El *agere ex lege* debió de ser una actuación realizadora del *ius* (*ius facere; ius fecit sicut vindictam impossui*) en cuanto era un modo de actuar —*agere*— reconocido por la comunidad de *cives* (*ex lege*). Cada uno de estos actos rituales reconocidos (*vindicatio manus iniectio*) era testificado (*testes estoie = litis contestatio*) para probar su perfecta realización ritual. La *lex* en cuanto conformadora de la licitud civil —*ius*— se nos muestra ya en las XII Tablas (*ita ius esto*). Por eso toda especulación sobre el sentido anterior de *ius* no puede tener más que un valor conjetural. Precisamente porque el concepto de *ius* parece tener un matiz laico, es idea no excesivamente arcaica, sino más bien producto, quizá, de la secularización de las actuaciones colectivas que, poco a poco, decla-

radas lícitas, hicieron nacer el proceso o actuación *ex lege*. En definitiva, todo concepto de *ius* anterior a las XII Tablas resulta muy difícil de aclarar.

Analiza el autor las fuentes y con especial delectación —aunque brevemente— la Jurisprudencia tanto republicana («clásica antigua», pp. 16-8) como la clásica («clásica alta», pp. 30-4). Dos grandes figuras —dice, página 31— acotan esta etapa clásica de apogeo: en su inicio la de Labeón y en su término la de Juliano; éstas son las figuras más destacadas de toda la jurisprudencia romana. Esta etapa se presenta como la realización más completa del oficio jurisprudencial (p. 26). Dentro de un epígrafe, como última Jurisprudencia clásica, incluye a los juristas posteriores a Juliano, cuya producción se orienta hacia obras de carácter compilatorio o enciclopédico; así Pomponio, Papiniano, Paulo y Ulpiano. Menciona aparte a Gayo, figura que parece haber sido desconocida en su época y que para el autor es un pre-postclásico, un jurista que se anticipa a las preferencias y exigencias postclásicas (p. 31). Son bien conocidas las ideas del autor acerca de Gayo (cfr. por ejemplo, *Re et Verbis*, en Atti-Congresso Internazionale di Diritto Romano, vol. III, p. 267 y ss. Milán. Giuffrè 1951).

Mención especial merece el valiosísimo resumen del Derecho provincial (pp. 41-44). A partir de la extensión de la ciudadanía a todo el Imperio por Caracalla se produjo una provincialización del Derecho romano más que una romanización de los Derechos provinciales (p. 44). La obra legislativa de Diocleciano, aunque produce la impresión de pertenecer todavía a la época clásica —afirma el autor (p. 45)— marca un momento de decadencia del Derecho. No admite, en cambio, el calificativo de «decadente» para la labor de Constantino y los demás emperadores cristianos, cuya legislación considera una superación de la anterior decadencia del siglo III, aunque no se trata tampoco de una restauración de los valores clásicos (p. 45). La exposición del sistema de fuentes se reduce a lo más rigurosamente esencial y resulta extraordinariamente clara en su brevedad.

A continuación, dentro de esta misma parte introductoria, dedica un capítulo al Proceso bajo el título: «Las acciones del procedimiento civil romano». Este título pretende realzar el carácter del Derecho romano clásico como sistema de acciones. Por lo demás, no elude la protección jurídica denominada extraprocesal, que titula «complementos extraprocesales de la jurisdicción pretoria» (pp. 65-8). El resumen del proceso romano (pp. 55-92) es exhaustivo, pese a su brevedad. Con él pone fin a la Introducción.

Parte I: La propiedad. El calificativo de primera parte se debe, sin duda, al hecho de que el autor pretende hacer notar que su libro se refiere, fundamentalmente, a las instituciones de Derecho privado como su título indica. El enfoque que el autor ha dado al epígrafe «Propiedad»

es sugestivo e interesante. Comienza estudiando la clasificación de las cosas desde el punto de vista jurídico; luego, la terminología bajo la cual se manifiesta el concepto de propiedad; simultáneamente la idea de *possessio* y, por último, la acción reivindicatoria en cuanto eje de los derechos sobre cosas. Todo ello en un mismo capítulo. Luego, en dos capítulos sucesivos, la «adquisición de la propiedad» y las «limitaciones a la propiedad».

Respecto a la clasificación de las cosas observa cómo una antigua distinción romana (desde las XII Tablas) es la que nos habla de *res fundi* y *ceterae res*. En efecto, es ésta una de las distinciones básicas que no siempre se tienen debidamente en cuenta. Respecto a la distinción *res mancipi-nec mancipi* admite que se trata de cosas del *mancipium* y, por tanto, estima pertinente hablar de *res mancipii*. Sin entrar a fondo en este difícil problema resuelve de este modo pedagógico esta discutible cuestión. Asimismo la inclusión de la posesión bajo el epígrafe de la propiedad puede resultar didácticamente aceptable, admitido que la *possessio* sea una especie de «propiedad» del *ager publicus*. Pero si se piensa que propiedad y posesión son cualitativamente conceptos bien diferenciados y así han pasado al pensamiento jurídico heredero de Roma, quizá fuese más conveniente que los alumnos comenzasen por ver, incluso en la distribución material del manual, la importancia de mantener muy distintos ambos conceptos. Nos parece muy certera la versión y consiguiente definición etimológica de *possessio*. *Possessio*, en su sentido originario, es el «asentamiento», por tanto, sólo la posesión de un inmueble, precisamente la de una parcela de suelo público (*ager publicus*), donde no hay *dominium*. Luego, la *possessio civilis* es «aparición justificada de propiedad»; es la del que tiene una justa causa para creerse propietario (p. 107). Quizá haya cierta peligrosidad en el tono dogmático de estas definiciones. Admirablemente clara la exposición de la reivindicatoria.

Certera la distinción de los modos de adquirir (II. La adquisición de la propiedad): La propiedad se adquiere (a) por un acto formal de atribución (*adictio, mancipatio, legatum per vindicationem*) o por una justa apropiación posesoria (*ocupatio, traditio, usucapio*). De estos modos unos son exclusivos de los ciudadanos (modos civiles) y otros son comunes (modos de derecho de gentes). Rechaza, con razón, la idea de acto traslativo en sentido estricto. En unos casos hay un acto voluntario por parte del propietario que deja de serlo; en otros, en cambio, no. Sin embargo, cuando la adquisición presupone un acto voluntario de enajenación se puede hablar de «transmisión» de la propiedad, o de «modos traslativos», pues el derecho del adquirente depende de la realidad del derecho del enajenante (páginas 115-6).

De acuerdo, a efectos didácticos, con el autor, nos atreveríamos, sin embargo, a hacer una observación más radical. ¿No aplicaremos con demasiada acomodación a la mentalidad moderna el término «propiedad»?

Los romanos comenzaron hablando de «modos de adquirir cosas»; la cosa como tal y no el derecho de propiedad (el autor alude a ello p. 95) era lo que se adquiría (no era la adquisición de un derecho), y, sin duda, en la época clásica, estaba subyacente esta primigenia concepción. Por ello nos inclinamos a creer que quizá hayan sido desenfocadas cuantas investigaciones se han hecho para determinar si la propiedad se transmitía originaria o derivativamente. La idea de la propiedad como derecho difícilmente habría cristalizado definitivamente en la época clásica: menos puede hablarse, por tanto, de la transmisión originaria o derivativa de ese presunto «derecho de propiedad». Parece más bien que los romanos no han pasado de los modos de adquirir cosas y los de *iura in re* (derechos sobre cosas). Se podían adquirir cosas singulares o *per universitatem*. En este sentido la *mancipatio* sería un *modus acquirendi* como la *adrogatio*. No contaba la idea de propiedad. De ahí que las *res mancipi* pudiesen ser cosas adquiridas habitualmente por el trámite (*modus acquirendi*) llamado *mancipatio*. Ello engendraba un modo especial de tener dichas cosas y, por tanto, una forma especial de tenerlas como propias. Las demás cosas, *res nec mancipi*, solían tenerse con menos seguridades. El concepto de propiedad no contaba ahí. El Derecho fué reconociendo nuevas *causae acquirendi* y dió como sanción general la *actio Publiciana*. Toda cosa recibida con una *causa acquirendi* resulta así defendida.

De este modo, algunas de las apropiaciones posesorias justas (terminología muy certera) se explican, no como modos de adquirir la propiedad, sino como modos de adquirir cosas sin acto formal de atribución porque no tenían dueño (*res nullius*) o porque estaban abandonadas o porque se agregaron a otra principal o se transformaron en *nova species*, etc.

Dentro de las limitaciones incluye el autor el *condominium*, las *servitudes*, *ususfructus* y demás derechos reales. Criterio admisible y quizá pedagógico, pero que acaso resta entidad a los *iura in re aliena*. Parece indudable que éstos fueron anteriores y confirmadores de la idea del «derecho de propiedad» como hemos dicho, y, por tanto, históricamente se han ido estableciendo como derechos sobre cosas ajenas (*iura in re aliena*). Ciertamente implican limitación a la propiedad, pero esto aparece más claro dada la exaltación que la dogmática hizo de la propiedad. Para un romano el *ususfructus* es un derecho referido al *uti frui* de una cosa ajena, no una limitación del derecho de propiedad: más que de limitaciones a la propiedad se trata de limitaciones acerca de la disposición de la cosa de la que otro es *dominus*. Incluso resulta sintomática la terminología de las fuentes al denominar *dominus ususfructus* al usufructuario y *dominus proprietatis* al propietario. El *ususfructus* debió de influir notablemente en la conformación de un *nudum ius* del propietario: es decir, en la configuración de la idea de «derecho de propiedad», como titularidad independiente de la utilización de la cosa. Por ello quizá no responda enteramente al pensamiento clásico el partir de un concepto de propiedad

como eje de la exposición de todos los derechos reales, viendo luego todo un sistema de limitaciones a este concepto.

Parte II: La herencia. La segunda parte de la obra, bajo el título «Herencia», se nos presenta, asimismo, con gran originalidad. La primera novedad es la subsumción de la *familia* dentro de la exposición de la *hereditas*. Presenta el análisis de la *familia* únicamente como una especie de presupuesto para el estudio de la herencia, que según el autor (p. 157) es «la institución de la continuidad patrimonial de la familia». Por ello analiza fundamentalmente las generalidades de la institución familiar romana (páginas 157-171). Ciertamente es indiscutible la vinculación histórica entre *familia* y *hereditas* y su estudio conjunto es aconsejable y de todo punto admisible, pero quizá debiera darse mayor realce a la institución familiar; en definitiva, uno de los ejes de las instituciones jurídico-privadas romanas es el *paterfamilias*. Indudablemente, no es la estructura familiar romana de fundamental interés para el jurista de nuestros días, pero si creemos que las instituciones básicas del Derecho privado están vinculadas a la estructura de la familia (*hereditas, obligationes, iura in re*). Por ello, no solamente propugnamos una mayor extensión en el estudio de la familia, sino que, más radicalmente que el autor, comenzáramos la exposición del Derecho privado romano precisamente por la familia.

La tutela encaja perfectamente después de la sucesión hereditaria, pero, en cambio, resulta quizá una desvinculación excesiva el colocar aparte la dote, en un apartado especial dedicado a «liberalidades». Dentro de este capítulo dedicado a liberalidades entran legados y fideicomisos, donaciones y dote. El carácter familiar de esta última queda así diluido. Por el contrario, las *donationes* propiamente dichas quedan englobadas en una parte dedicada a herencia con lo cual se aprisiona y prejuzga la fluidez del negocio genérico de liberalidad; sin embargo, es digna de meditación la estructura de este capítulo dedicado a «las liberalidades».

Parte III: Las obligaciones. Asimismo presenta una gran novedad de sistemática la última parte de la obra dedicada a las *obligationes*. Es aquí donde el autor despliega de modo más completo el resultado de sus investigaciones en torno a la teoría del *creditum*, cuatripartición contractual de Gayo, etc. Un grupo de estudios conocidos en la bibliografía romanística. Expuestas las acciones penales, distribuye toda la materia de obligaciones bajo tres manifestaciones: préstamos, estipulaciones y contratos de buena fe. El amplio campo del *creditum* sancionado por la *condictio* da lugar a los préstamos. *Creditum* (de *certum dare*) equivale a dar cosa cierta, pero no definitivamente, sino un dar con restitución debida: un prestar. Las *stipulationes*, aunque sancionadas por la *condictio* también, forman grupo aparte de los préstamos. Por último, hay un tipo de obligaciones con bilateralidad funcional de donde surgió la idea de *contractus*, que hallaron su sanción en los *bonae fidei iudicia*. Aparte, por tanto, de los préstamos y estipulaciones estarían los contratos propiamente dichos

o «contratos de buena fe» como les llama el autor. La idea de contrato se generaliza partiendo de la cuatripartición gayana de los *genera obligatorum*. En la época postclásica el concepto de contrato se hace sinónimo de convención obligatoria. No es necesario que nos detengamos más en la concepción del autor en este campo de las *obligaciones* porque se halla expuesta en trabajos suficientemente conocidos.

El libro está escrito y sentido con un *pathos* de especialista, con un noble apasionamiento en el oficio romanístico que sugestionará al lector especializado. Al estudiante le presenta una visión breve y armónica de conjunto, con una exposición nítida, ágil y concisa.

Podrá discreparse del autor en muchos puntos concretos porque, al fin, es un resumen de gran parte de su labor investigadora personal. Pero no podrá negársele su condición de síntesis magistral por el brillante equilibrio entre fondo y forma, por el rigor del concepto y la palabra. Es un libro con más intensidad que extensión y quizá por ello requiera detenida explicación en las lecciones para estudiantes, en las que hallará esta obra su necesario complemento. El propósito del autor está plenamente logrado y los romanistas españoles tenemos que agradecerle este nuevo fruto, que constituye un modelo de lo que debe ser el manual de cada profesor.

PABLO FUENTESECA

PARTSCH, Gottfried: *Zur Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen*. «ZSS», vol. LXXVII. Weimar, 1960, págs. 87-153.

Entre los síntomas denotadores de la gran potencialidad de la investigación alemana se encuentra su tendencia «expansionista», que la conduce a aportaciones científicas en campos situados más allá del suyo particular. En el caso presente, la prestigiosa revista alemana contiene un artículo con referencia directa al sur de Francia y a nuestro país. El interés está, además, en que lo que se estudia es una de las cuestiones esenciales en la teoría general de las obligaciones correspondiente a la Edad Media, cuando este tema no es atacado de frente por los cultivadores españoles de la Historia del Derecho. Se trata de determinar la cuestión de la responsabilidad contractual, especialmente en la Alta Edad Media, y de su evolución posterior.

El autor viene a situarse en la línea de Ernst Mayer, en la obra tan conocida del público español titulada *Das altspanische Obligationenrecht in seiner Grundzügen*, aparecida en la «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft» en 1920, y traducida al castellano por Ots Capdequi, y fundamentalmente, frente a la posición de Wohlhaupter, cuyos trabajos