

legales, no muy abundantes ciertamente. Sobre «Intrusismo profesional» examina las penas con que se previno y los medios para evitarlo, en especial como protección de títulos.

En resumen, el libro posee el valor de reunir las fuentes legales impresas de Castilla, incluidas las Cortes, en relación al ejercicio de la Medicina en la Edad Moderna. Sobre todo, las del siglo xviii, gracias a la *Recopilación del Real Protomedicato*, el *Teatro de la Legislación Universal Española*, de Pérez López, y la *Novísima Recopilación*, son copiosas y abundantes. Será indispensable su manejo a quienes deseen continuar la profundización —otras fuentes, manuscritas, extralegales, referidas a otros Reinos...— del tema. Pero la reunión y sistematización de la legislación castellana está ya realizada, así como la consulta de la bibliografía crítica, de que se da al final, extensa relación.

M. y J. L. PESET REIG.

ORESTANO, Ricardo: *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I (Torino Giappichelli, 1968), XV + 336 págs.

Excelente exposición de la teoría general de la personalidad jurídica de la edad moderna y de los resultados de la experiencia romana del problema, con especial referencia a la realidad de la organización pública romana.

A. O.

D'ORS, Alvaro: *Derecho privado romano* (Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968). Págs. XVIII + 542.

El ideal sería que la recensión de un libro de la densidad de éste la hiciera una persona que lo hubiera explicado día tras día durante un curso completo. Únicamente así podrían ponerse de relieve todas las sugerencias y la problemática que contiene. En efecto, este manual es uno de los mejores que la romanística internacional ha producido en los últimos años. Viene avalado por decenas de monografías de su autor, en las más diversas zonas del Derecho romano y de sus disciplinas auxiliares. Si todo ello se une a una conocida asiduidad docente se comprenderá perfectamente la calidad de este instrumento de mediación entre unos libros que exigen una interpretación histórico-crítica y unos alumnos que deben recibir una formación acorde con las funciones que la sociedad actual exige al jurista.

*Derecho privado romano* no es una 2.<sup>a</sup> edición de los «Elementos» (= E), aparecidos hace ocho años. Conserva la estructura general de aquéllos, pero fiel su autor al principio de que había de «servir de pauta

de reflexión para el estudio particular», nos ofrece ahora una obra enteramente nueva que suma a la proporción material de *E* (386 páginas de letra grande), unas extensas notas y ampliaciones en letra pequeña, en las que se contiene una buena parte de la problemática romanística, desarrollada sobre todo a la vista de los textos y de las opiniones doctrinales más importantes. Creemos que puede continuar diciéndose de ella que acredita un modo de trabajo del autor «muy romano». Ningún otro de los manuales que yo conozco —escribió H. J. Wolff (rec. a *E* en *IVRA* 1961, pág. 328)—, está tan próximo a la forma de exposición y de pensamiento propias de los grandes clásicos como éste». D'Ors rehuye abiertamente los tipos de exposición escolástico-gayanos y pone como columna vertebral de su libro las acciones procesales típicas y la ordenación in terra conforme al sistema del Edicto. Las hipótesis (los «quizás» y los «probablemente») están casi siempre fundamentadas en textos vistos (y anotados al margen de los viejos *E*) o en los criterios doctrinales que parecen más ajustados a lo que dicen las fuentes.

Por las razones expuestas al principio, esta recensión tiene muy pobres pretensiones, sobre todo si se considera que, para esta misma Revista, escribió una de sus mejores reseñas que existen de *E* el profesor Fuente-seca (en *AHDE* 1960, pág. 686 y sigs.). Por nuestra parte, nos limitaremos a poner de relieve aspectos de este libro que nos parecen interesantes, que presentan una divergencia de pensamiento con *E* o que suponen una explicación —muchas veces crítica— de los tópicos tradicionales.

*Elementos* era el resultado de un esfuerzo de comprensión en el que la investigación no se había separado nunca de la docencia. Se buscaba más en él la claridad que la facilidad..., por eso su lectura exigía un verdadero esfuerzo de la inteligencia. *Derecho privado romano*, aunque conserva en líneas generales la estructura de *E*, es, sin embargo, enteramente nuevo y más mejorado que ampliado. D'Ors dice que «el saber que siempre he deseado procurar a mis alumnos un saber de intimación, y un libro que sólo busca la facilidad me parece el menos recomendable para ese propósito. Un libro fácil no penetra en el ánimo y no estimula para hacerse preguntas..., pues la formación intelectual consiste principalmente en aprender a proponerse preguntas».

El libro sigue siendo claro, aunque difícil, «porque está destinado a alumnos que estén dispuestos a estudiar inteligentemente, pues es precisamente a ellos a quienes debe destinarse la enseñanza universitaria». Esta idea del profesor D'Ors nos parece plenamente acertada, pues las Universidades deben de tener como función dar algo más que la cultura del «chauffeur» de que hablaba Keyserling. En todo caso, ello es posible en la estructura actual de la Facultad de Derecho, debido a la separación de los estudios sociológicos y económicos que, en otros países, se consideran decididamente afines (D'Ors ha expresado gráficamente esta separación diciendo que la economía es al Derecho lo que la fotografía es

a la pintura: *Volgarismo giuridico odierno* en *Boll. Inf. dell'Ist. Giur. Spagn. in Roma*, 53-54, 1966, pág. 11).

La bibliografía que cita es muy selecta, más que nada las obras más recientes. El repetir la bibliografía sería superfluo cuando el inagnífico libro del profesor Iglesias contiene la principal sobre todos los argumentos. Los textos citados han sido vistos por el autor y no proceden de otras obras; la mayoría de las veces son el apoyo de un criterio personal que se aparta de lo que se viene admitiendo tradicionalmente.

*Derecho privado romano* contiene una «Introducción», donde se trata de «la tradición histórica del Derecho romano», «las fuentes» y el «procedimiento de las acciones».

El autor entiende por Derecho romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como entendidos en el discernimiento de lo justo e injusto (*iurisprudentes*); especialmente la colección de estos escritos hecha por el emperador Justiniano (pág. 1). El estudio del Derecho romano constituye para el jurista moderno la primera disciplina de su formación mental, i. e., sus humanidades. Es el Derecho común a los pueblos cultos hasta la época de las codificaciones y así en España sólo se distingue «civil» de «romano» en pleno siglo XIX, por influjo de la tendencia codificadora.

Las etapas históricas del Derecho romano siguen siendo idénticas a las que hacía en E, siendo de destacar su tesis —también allí mantenida— de adelantar el fin de la época clásica al 230 después de Cristo, ya que la jurisprudencia clásica había desaparecido ya mucho antes de Diocleciano (emp. 284). El autor sigue manteniendo la validez del método histórico-crítico para la investigación del Derecho romano, pero advierte que, para que siga siendo un medio formativo de los juristas actuales, el principal objetivo de la docencia debe ser el de liberar al jurista moderno de la servidumbre del positivismo legalista, para lo cual es preciso emplear el mismo método que la jurisprudencia romana, i. e., el casuismo jurídico (pág. 7).

Muy interesante nos parece la consideración que hace el autor sobre el esquema político de la época arcaica. Dice que la monarquía no fue verdaderamente dinástica y que el *rex*, de aparecer como intérprete de la voluntad divina, pasó a detentar un poder militar absoluto. Poderes militares absolutos, pero temporales, parecen constituir la forma de gobierno de Roma desde el 509 (fecha hipotética de caída de los *reges*) hasta el siglo IV en que ya aparece estructurada una verdadera República; así parecen acreditarlo las laminillas etruscas de Pyrgi. La constitución republicana se caracterizó por el sabio equilibrio entre el saber socialmente reconocido (*auctoritas*) y el poder socialmente reconocido (*potestas*). El concepto de *maiestas* (que se atribuía al *Populus*) aparece como concepto genuinamente republicano, sin precedentes en la época regia, a fines del siglo III antes de Jesucristo. De otra parte, subraya el autor que el acapara-

miento de autoridad, majestad popular y potestad es la causa de que el Principado acabe por convertirse en un poder autocrático (pág. 9).

*Ius* es el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: los *iurisprudentes*. La palabra «directum», en cambio, pertenece al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judío-cristiana (pág. 14). La fuente de autoridad en el Derecho romano es la Jurisprudencia, y la potestad influye en el Derecho mediante las leyes y los edictos. En el Principado desaparece la antigua legislación y asumen su función los senadoconsultos, emanados de la autoridad del Senado; a partir de Adriano, la Jurisprudencia va cediendo su función a los rescriptos imperiales. En la época post-clásica, desaparecidas la Jurisprudencia y todas las demás fuentes, no queda más fuente creadora que la legislación del Emperador (pág. 26). Muy sugestivo es el criterio del autor en orden a la diferencia entre *ius singulare*, *privilegium* y *beneficium* (página 28).

*Lex publica* es la que declara el magistrado y reciben los comicios con su autorización, pues, según el autor, el pueblo no hace la ley, no puede proponerla ni alterarla, sino que tan sólo puede negar su autorización a la propuesta del magistrado. De hecho, las primeras leyes no tuvieron *iussum Populi*, ni tampoco las leyes que se daban para organizar una provincia. La ley es pública, porque se da al Pueblo y su texto se expone al público, de ahí que no sea excusable la ignorancia de la ley. Lo es, en cambio, la del *ius*, pues éste no es público, como la ley o el Edicto. La ley no modifica el *ius* y, cuando se dice que es fuente de éste, debe entenderse en el sentido de que la Jurisprudencia puede asimilar los nuevos datos de la ley. Sólo en una porción muy pequeña podían interesar las leyes romanas a la jurisprudencia, y aún éstas, en su mayoría, no son leyes comiciales, sino plebiscitos. Por lo demás, en la época cumbre de la constitución republicana, ninguna ley o plebiscito conocemos que interese al *ius* (pág. 34). Las leyes primitivas debieron de tener en algún caso carácter casuístico y no general, pero las XII Tablas prohibieron a los magistrados dar leyes contra algún particular, y por eso se llegó a considerar como requisito esencial de la ley su generalidad (pág. 35). Por otra parte, los *sc.* que interesan al Derecho privado no aparecen hasta época de Claudio. En cambio, a partir de Adriano, el texto legal era ya la *oratio* del Emperador. En la última época clásica se admitió, casi unánimemente, que los *sc.* valían como leyes, si bien algunas innovaciones introducidas de esta forma se siguieron considerando como contrarias al *ius* (Ulp., D. 7, 5, 11).

El autor no hace ya, como en *E*, una rúbrica sobre «constituciones imperiales», sino que decididamente trata de los «rescriptos» imperiales o respuestas de la Cancillería imperial a las consultas de los particulares. Los rescriptos serán en la última época clásica y, después, hasta Diocleciano, la fuente viva del Derecho. El nombre genérico de *constitutiones* imperiales, dice el autor, aparece como corriente —aunque no muy téc-

nico— a fines de la época clásica. El que los rescriptos constituyen la parte más importante de las resoluciones de la cancillería imperial en esta época, se prueba por el hecho de que surgieron colecciones de los mismos hasta fines del siglo III. Muy interesantes son las páginas que dedica el autor al Derecho en las provincias, siendo de destacar la afirmación de que el gobernador —juez común— nunca se vio vinculado por el procedimiento formulario de la Urbe (pág. 52 y sigs.).

Respecto a las fuentes jurídicas en la época postclásica, dice que Diocleciano prescindió de los últimos restos del sistema de magistraturas republicanas. El estilo de sus edictos es ampuloso y similar al de las leyes posteriores a Constantino. El punto de vista clásico de las acciones ha desaparecido en esta época y se impone el administrativo. Valiosa la mención que hace el autor de los estratos de las *Pauli Sententiae*, obra en la que, a pesar de ser poco anterior a Hermogeniano, no existe influjo de las Instituciones de Gayo, por la razón de que no eran conocidas en aquella época. También es atractiva la exposición que hace del paso del *volumen* al *codex*, que sitúa a mediados del siglo III, y que supone una reedición de las obras, de acuerdo con criterios editoriales pragmáticos; en este momento, es claro que se produjeron muchas corrupciones textuales, pero el autor entiende que no se debe disminuir excesivamente la importancia de un segundo momento a fines del siglo IV, en el que habría que situar aquellas que reflejan concepciones de derecho helenístico o grecismos del lenguaje (pág. 55). Poco después del medio siglo V debió de producirse al Sur de las Galias un cierto renacimiento del estudio jurídico. Uno de sus frutos debió ser el Breviario de Alarico, que viene a constituir lo máximo que podía dar de sí la cultura jurídica de Occidente a principios del siglo VI, en tanto que en Oriente, que recuperó en los siglos V y VI su primacía también en el campo jurídico, se producía la Compilación de Justiniano (pág. 63 y sigs.).

Al referirse al «procedimiento de las acciones» combate el autor los tópicos inventados por los actuales procesalistas. Así, dice que el concepto moderno de pretensión referido a las *actio* resulta perturbador. También sería contrario a la mentalidad romana la idea del proceso como serie de actos que llevan a una decisión; *processus* es una palabra poco frecuente, que no se usa en sentido procesal (pág. 73). Respecto a la ley Ebuca (pág. 76), dice que sustituyó la fórmula oral de la *condictio* por una fórmula escrita, a imitación probablemente de lo que se hacía en los procesos con extranjeros ante el Pretor peregrino. La ley Ebuca daría carácter «legítimo» a la nueva *condictio* escrita, y, para extender las ventajas de este carácter a las otras formas de litigar, se acudía a la ficción de que había tenido lugar una *legis actio*. Augusto reconoció la legalidad del nuevo procedimiento sin necesidad de recurrir ya a la ficción.

Las fórmulas procesales tuvieron como característica esencial su tipicidad. En esta zona es quizá donde aparece más sugestivo el pensamiento

del autor. Así, refiriéndose a la previa estimación pecuniaria cuando el objeto litigioso no es dinero, dice que es muy dudoso que unas acciones se refiriesen a *quanti actoris interfuerit* (contra Medicus). Respecto a las acciones reales, dice (pág. 82) que se refieren a la misma *res* o a un *ius*, pero nunca se habla de un *ius in re*; esta expresión, lo mismo que *ius in re aliena*, no pertenece al lenguaje clásico.

Muy clara es la clasificación de las acciones y cómo estudia las acciones pretorias, especialmente las acciones *in factum*. Estas se darían en un principio caso por caso —sin modelo en el Edicto— pero muchas de ellas acabaron por ser edictales. Contra la mayor parte de la doctrina actual (últimamente Kaser, *ZPR*), el autor cree que estas acciones no tienen *intentio* (Gai., 4, 60 sería una imprecisión), sino más propiamente algo que podría llamarse *nominatio facti*. Por último, subraya D'Ors, y así lo acredita en los lugares correspondientes, que es dudoso que estas acciones *in factum* puedan ser reales. Las acciones útiles quizá sean siempre acciones con fórmula ficticia. Habría que subrayar, sin embargo, que en algún caso, podría tratarse de acciones de *cognitio extra ordinem*, sobre todo en las acciones creadas después de la codificación del Edicto, hipótesis de trabajo que el autor menciona repetidas veces en esta obra (página 86).

Interesantes son las páginas que D'Ors dedica a los «recursos complementarios de la jurisdicción pretoria», en especial las que dedica a las *missiones in possessionem* (pág. 90 y sigs.) y al proceso interdicial (página 92). Lo mismo se puede decir del tratamiento de los «pactos», cuyo efecto común sería el negativo de la excepción y no el positivo de la acción. La distinción postclásica entre pactos «vestidos» y «desnudos» fue, en frase del autor, un lastre para el natural desarrollo de la doctrina del contrato en el Derecho intermedio.

Especial interés tiene la explicación del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. En las acciones personales *in ius* promovidas en *iudicium legitimum* se extingue la obligación del deudor y queda sustituida por la de pagar la condena. En las otras acciones el efecto consuntivo no opera *ipso iure*, sino mediante la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* o mediante la excepción de dolo o mediante el recurso más simple de denegar la acción.

D'Ors rechaza la opinión moderna de que el juez fallaba el litigio a favor de la parte presente y estima, por el contrario, que en la fase ante el juez el proceso puede seguir en ausencia de uno de los litigantes, si bien el juez debe estar personalmente presente y escuchar a las dos partes. También es clarividente lo que el autor expone sobre la ejecución patrimonial y no personal, que no debió de existir en la época clásica (página 116 y sigs.). En este apartado de la ejecución merece destacarse el cambio de criterio respecto a *E*. En *Derecho privado romano* aparece como medio normal de ejecución la *cessio bonorum* u ofrecimiento del deudor a sus acreedores, solución que, a partir de Augusto, deben aceptar

los acreedores cuando el deudor lo solicita del magistrado. Esta exclusión se produce también con el beneficio de competencia en virtud del cual la ejecución se reducía al límite del valor actual de los bienes del deudor. La preocupación del lugar en que se debe tratar de los tópicos produce otro cambio importante respecto a *E*. En efecto, el autor trata del *fraus creditorum* en la parte procesal-general, después de hablar de la insolvencia fraudulenta (pág. 122 y sigs.), y no en sede de «delitos privados».

También nos parecen muy sugestivas las páginas que el autor dedica a la *cognitio extra ordinem*. En ellas pone de relieve la concurrencia, a partir de Adriano, de este procedimiento con el ordinario y señala que acaba por desplazarlo en el momento del tránsito a la época postclásica. Es evidente, por lo demás, que la postura de los juristas como funcionarios de la Cancillería imperial les llevaba a interesarse por la nueva vía oficial de la *cognitio*. Por esta razón es improbable que, después de la codificación del Edicto, los juristas crearan nuevas fórmulas. Por lo demás, en Italia, el procedimiento del *ordo* quizá desapareció ya en la segunda mitad del siglo II después de Jesucristo y en Roma no sobrevive a los Severos. D'Ors vuelve a afirmar aquí que el procedimiento formulario nunca se aplicó a las provincias, porque es problemática la existencia de un edicto provincial acomodado al urbano, porque faltan referencias en las provincias a un *album iudicum*, porque tanto la ley Ebuca como las de Augusto no parecen haberse referido más que a Italia, etc.

La parte de «Instituciones» se comienza con el título genérico de «la propiedad». En efecto, según el concepto romano, propiedad son las cosas mismas en cuanto nos pertenecen plenamente, y no se puede hablar de un «derecho subjetivo»; la expresión *ius dominii* o *Quiritium* tendría aspecto objetivo, mientras que los *iura* se contraponen a la propiedad, especialmente como servidumbres (*iura praediorum*). El término *dominium* es el más general para designar la propiedad y en él se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como *dominus* de las cosas. *Proprietas*, en cambio, es de origen vulgar: se especifica en el sentido jurídico en autores no-jurídicos del Principado, pero no aparece en las *rogationes* ni en el Edicto, y la jurisprudencia hace uso de ella para designar la propiedad en cuanto privada del usufructo.

Respecto a la posesión el autor continúa su distinción entre la pretoria y la civil. *Possessio* pretoria es la protegida por los interdictos y tuvo como punto de partida el *uti possidetis*. La protección se da a las cosas retenidas con una cierta independencia, en tanto que se niega a las personas que dependen, respecto a la cosa que retienen, de la persona de quien la recibieron, como son los depositarios y arrendatarios, los *missi in possessionem rei servandae gratia*, los comodatarios, los usufructuarios, todos ellos meros detentadores. El concepto de posesión pretoria es precisamente interdictal y, por eso, se es *possessor* en virtud de la victoria procesal y no en virtud del hecho mismo de tener una cosa (pág. 146,

nota 1). D'Ors considera probable la existencia de un tercer interdicto recuperatorio para el caso de invasión en ausencia y sin conocimiento del dueño, pero que no fue conservado en el Edicto de Juliano por la razón de que la jurisprudencia de su época consideraba que la invasión clandestina no privaba de la posesión al expulsado.

Diáfana, como ya en *E*, es la exposición que hace el autor de la acción reivindicatoria con la novedad de que a continuación trata de «otras acciones dominicales» y seguidamente de las «limitaciones legales de la propiedad» (pág. 158 y sigs.), con muy interesantes consideraciones sobre la práctica de la expropiación.

El segundo capítulo de esta parte se refiere a la «adquisición» de la propiedad», distinguiéndose en él, como en *E*, aquellos casos en los que la propiedad se adquiere por un acto de apropiación posesoria sin forma y otros que requieren una atribución formal. Entre éstos, la *addictio*, que es la antigua forma de decisión constitutiva del magistrado, subsiste en el período clásico en la *in iure cessio*, en las públicas subastas, en las *adsignationes* de tierras públicas, en las distribuciones de botín de guerra y en la *adiudicatio* judicial. Al tratar de la accesión y, concretamente del principio *superficies solo cedit*, dice el autor que este principio impide que el Derecho romano admita la propiedad por pisos del Derecho moderno, que sí existía en Derecho griego. Muy claro es el tratamiento de la *traditio*, que consiste propiamente en dejar que el accipiente tome posesión de la cosa y puede ser, por lo tanto, puramente pasiva. Refiriéndose a las cosas muebles es de destacar (pág. 174 y nota 4) la consideración que hace el autor sobre los árboles; en efecto, es sabido que la entrega de éstos se hace marcando con señales los troncos ya cortados (D. 18, 6, 15 (14) 1), pues cuando el árbol no ha sido cortado, dice muy bien el autor, no es más que una parte del fundo y, por tanto, pesa sobre él la imposibilidad de posesión separada. Claro y profundo es el discurso del autor sobre la justa causa de la tradición y sobre la usucapión.

El tercer capítulo se refiere a «conurrencia de derechos reales» y destaca que en los casos de concurrencia de un derecho real distinto se habla de *iura in re aliena*, pero que la expresión no pertenece a los juristas romanos. Se estudian aquí: «la copropiedad», «las servidumbres» y «el usufructo». A propósito de la primera pone de relieve el autor que Justiniano, a pesar de que algunos autores creen lo contrario, no impuso nunca la decisión por mayoría de cuotas —lo que se produce cuando se trata de construir la voluntad de una persona jurídica— sino que reenvió el criterio de la utilidad objetiva a la apreciación del juez. Muy clara es la exposición del problema de la divisibilidad del derecho de propiedad. En relación con el usufructo mantiene los criterios tratados monográficamente hace años es decir, que el usufructo surgió como una forma de mantener vitaliciamente en el patrimonio familiar a personas a las que no se quiere dar la facultad de disponer, principalmente a la viuda. Interesante es también la exposición sobre el cuasiusufructo. Por lo de-



más, recuerda el autor (pág. 208 y n. 3) que la *vindicatio usus fructus* se dirigía contra el propietario que impedía el ejercicio del usufructo, con lo que se desmiente el carácter de la ejercitabilidad *erga omnes* que se suele atribuir a todos los derechos reales.

La segunda parte tiene como rótulo genérico: «la herencia». En ella se trata también de todo lo referente a la familia, al parentesco, a la disminución de capacidad, esclavos, manumisiones, patronato, patria potestad, adopción, *manus* y matrimonio, emancipación, peculios, representación por hijos y esclavos y acciones adyecticias. Al iniciarse el capítulo de «la familia», comienza el autor diciendo que la palabra «capacidad» no tiene un equivalente en Latín, mientras que «incapacitas» tiene un sentido mucho más restringido que el moderno. Respecto a la esclavitud dice que, en cuanto fenómeno social de la Antigüedad, tiene un interés muy escaso para el jurista: en cambio, es muy interesante toda la gama de posibilidades que ofrece la existencia de esclavos, en cuanto seres activos en el mundo jurídico, como representantes, para la casuística civil (por ejemplo, para la teoría de la herencia yacente). Respecto al matrimonio su tratamiento es más amplio que en libro anterior y nos parece digna de relieve la consideración de la estructura de la relación matrimonial, que el autor dice no es simétrica. En efecto, *nuptiae* no es el conjunto de ceremonias nupciales sino la posición de la mujer casada en su duración temporal (al menos en Derecho romano clásico: vid. del autor, *Post nuptias* en *Eranion Maridakis* I (1963), pág. 225), y también se refieren exclusivamente a la mujer los términos *nubilis* (casadera), *nubet* (se casa) y *nupta* (casada). *Matrimonium*, en cambio, se dice del varón, que adquiere como mujer legítima una *mater*.

El capítulo segundo trata de «la sucesión hereditaria» y estudia con profundidad el problema de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* y el del derecho de acrecer; lo mismo podemos decir sobre el tratamiento del difícil problema de la *bonorum possessio*, que dice que probablemente habría surgido a propósito del trámite posesorio preparatorio para la reclamación de la herencia mediante el interdicto *quorum bonorum*. También es difícil el problema de la *hereditatis petitio* que el autor estima se tramitó como *vindicatio* por *legis actio* y duda que llegara a tener una fórmula antes de amoldarse al procedimiento cognitorio. Agudo es también el estudio del sc. Juvenciano (pág. 250). Luego se ocupa el autor del estudio de «herederos legítimos y legitimarios» y de la «herencia testamentaria», donde trata de la condición y del término. Es de destacar que D'Ors ha incluido en este libro, principalmente en sede de herencia, muchos ejemplos —como hace Schulz en su *CRL*—, lo que evidentemente será muy provechoso para los alumnos. En el capítulo tercero se ocupa de «la tutela», mientras que en el cuarto se contienen «las liberalidades» (legados y fideicomisos, donaciones, fundaciones y dote). A propósito de los legados, el autor introduce la novedad de incluir, junto a las cuatro formas tradicionales que cita Gai. 2, 192, también el legado de opción y el

partitorio, quizá por pensar que los tipos de Gayo son una excesiva simplificación.

La tercera parte se refiere a «las obligaciones». La obligación, como término técnico, aparece en el siglo I antes de Jesucristo y, por eso, dice el autor, quizá sea ocioso relacionar este término con el *nexum*. Pone de relieve su dinamicidad, que consiste en que nacen para ser extinguidas por el cumplimiento y en ello reside precisamente su utilidad. El autor mantiene su clasificación de las fuentes de las obligaciones civiles y pretorias: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos; esta clasificación no aparece enunciada en las obras escolásticas antiguas o modernas, pero corresponde mejor a la realidad del sistema clásico de formas de obligarse y sus acciones correspondientes. A continuación resume con gran claridad su conocida crítica a la cuatripartición gayana (pág. 341 y siguientes).

El capítulo primero de esta parte se refiere, como es natural, a las «acciones penales». Aunque el autor dice que en una exposición de Derecho privado sólo interesan los delitos y no los crímenes, sin embargo, hace una sumaria exposición de las *quaestiones*. Pone de relieve que, además de las acciones penales, surgen en algunos casos otras acciones para reclamar el valor perdido a causa del delito; estas acciones son, naturalmente, acumulables a las acciones penales. En otros casos, sin embargo, la misma *poena* contiene la indemnización del daño. D'Ors dice que el cuadro de obligaciones delictuales es fundamentalmente pretorio y no civil; las acciones civiles se conservan en el caso de hurto y en el de daños, mientras que la *a. iniuriarum* clásica es una acción pretoria que sustituye a antiguas acciones civiles. Respecto al hurto es interesante la consideración que hace de la opinión sabiniana, que es sabido admitía el hurto de inmuebles, cuando en realidad la apropiación violenta o clandestina de inmuebles se calificaba como posesión viciosa a efectos de los interdictos posesorios, o podía constituir un crimen público de *vis*, pero no un *delictum*. Respecto a la *lex Aquilia*, el autor se inclina a pensar (siguiendo a Lévy-Bruhl) que el capítulo segundo se refería al daño que causa a un acreedor el *adstipulador* que se queda con el crédito cobrado. De otra parte, no excluye la posibilidad de que la *a. utilis* que da Jul., D. 19, 2, 13, 4 (famoso caso del zapatero que quita un ojo a su aprendiz *ingenuus*) sea una acción de *cognitio extra ordinem*. Distingue los siguientes grupos de delitos de Derecho pretorio (aparte los tratados en sede de hurto, daños y lesiones): «perturbaciones en la vía pública», «acciones enderezadas a reprimir conductas ilícitas en relación con la jurisdicción del mismo pretor», «otras acciones *in factum* que se refieren a relaciones de asunción (no formal) de responsabilidad, y que por eso pueden darse fuera de los límites del dolo y que se aproximan a las acciones nacidas de convenio». A propósito del edicto *quod metus causa* dice que una tendencia extraña a la jurisprudencia lleva a entender por *vis* aquella violencia irresistible o *vis maior*, de donde procede la moderna

doctrina de la *vis* absoluta extraña al Derecho romano, citando (página 361, nota 35) la doctrina estoica de que la voluntad coaccionada sigue siendo voluntad (*tamen coactus volui*; D. 4, 2, 21, 5 y D. 23, 2, 22).

El capítulo segundo, «préstamos», presenta una síntesis magistral de los resultados obtenidos por el autor en conocidos trabajos monográficos, que se coronan en la redacción para la *Pauly Wissowa* (Suplemento) de la voz «creditum». Tratando del carácter abstracto de la *condictio* se detiene el autor en el problema de la «causa de las obligaciones», poniendo de relieve que, en los contratos, cada obligación tiene por causa la recíproca y que el contrato como unidad no tiene una causa propiamente jurídica. Respecto de la extensión hecha por la ley Calpurnia del objeto de la *condictio*, es posible que en el Edicto se propusiera como ejemplo una fórmula referida a una cantidad de trigo (*triticum*) y de ahí procede la *condictio triticiaria* de las fuentes justinianeas. Por lo demás, *credere*, lo mismo que *contrahere*, tiene un sentido mucho menos técnico que *creditum* y por eso, cuando se usa como intransitivo tiene un sentido equivalente a «fiarse de alguien» (D. 3, 3, 45 pr. y otros muchos textos). La sistemática de todo el capítulo es análoga a la del libro anterior, pero el autor incluye aquí lo referente a la evolución post-clásica de la *condictio*. También mantiene la denominación *datio ex eventu*. Respecto al *constitutum* el autor dice que podría parecer un pacto, pero los pactos, fuera de los contratos, no agravan nunca la situación del deudor, y el *constitutum* sirve precisamente para agravarla. De otra parte, suprime la mención de que la fórmula no suponía invocación de un *oportere*, pues la referencia a una *pecunia debita* supone el mismo efecto, lo que es importante, ya que así la acción puede darse con transposición de personas, lo mismo que la *a. redhibitoria*. El comodato, a pesar de Gai., 4, 47, sólo habría tenido una *a. in factum*, pues si hubiese tenido fórmula *in ius* ésta sería de buena fe y, en ese caso, no se explicaría por qué razón el comodato está en el edicto *de rebus creditis*. Muy sugestivo es lo que el autor dice (pág. 391) respecto a la hipoteca, cuyos orígenes deben buscarse en la garantía inmobiliaria de los arriendos públicos y en la garantía inmobiliaria del arrendamiento rústico. En este caso, los *invecta et illata* quedaban afectados en garantía del pago de las rentas hasta el fin del arrendamiento. Para ello dispone el propietario arrendador, desde la primera mitad del siglo I antes de Jesucristo, de un int. Salviano para prohibir la salida de la finca de aquellos objetos. Este interdicto se consideró en principio de retener la posesión, luego de adquirirla (Gai., 4, 147), y de ese modo surgió la idea de la prenda sin posesión del acreedor. El interdicto fue completado por una acción contra el que impidiera que el acreedor, al quedar impagada la deuda, tomara posesión de la cosa hipotecada a fin de proceder a su venta (*a. Serviana*); esta acción, sin embargo, aparece sustituida en el Edicto por otra del mismo nombre, pero más general. Parece probable también, que en el siglo I después de Jesucristo apareciera una fórmula «real», que

servía para que cualquier acreedor hipotecario pudiera reclamar la posesión de la cosa hipotecada y asimismo para que el acreedor con prenda posesoria pudiera recuperar la posesión perdida del que la tuviera. Esta acción recibe el nombre de *vindicatio pignoris, a. Serviana* o *pigneraticia*. Tal acción presenta, sin embargo, numerosos problemas. El primero sería que en el Edicto no aparecía entre las acciones reales sino entre los interdictos, a continuación del interdicto Salviano; el segundo, que los clásicos se inclinan a llamarle *formula*, en lugar de *actio*; por último, al ser *in factum*, cabe dudar de su carácter real. Como se ve, este problema no está resuelto y requiere un estudio monográfico aclaratorio, que quizá pudiera incidir sobre las otras acciones *in factum* pretendidamente reales.

El capítulo tercero trata de las estipulaciones. Como es sabido, la estipulación se fundió con la *sponsio*, no se sabe bien cómo, en un momento anterior a la XII Tablas, que sancionan este negocio con la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*. A propósito de las estipulaciones vuelve D'Ors a tratar del problema de la condición y del término. En todo caso, la amplitud de la estipulación en Derecho romano permite que desempeñe una función en cierto modo similar a la de un documento obligacional, pues no es un «contrato», sino una forma de obligarse. Toda la exposición de esta materia tan compleja es perfectamente clara y coherente.

En capítulo cuarto se refiere a los «contratos de buena fe». D'Ors comienza su exposición tratando de «las obligaciones recíprocas», donde expone sus caracteres generales. El tratamiento de los contratos sigue el orden edictal, en el que los primeros contratos, que son gratuitos y de confianza, son la fiducia, el depósito y el mandato; luego, los contratos onerosos, de compraventa y de arrendamiento; en el punto medio el contrato de sociedad, que es a la vez oneroso y de confianza. Es claro que Gayo inventó la agrupación de los cuatro consensuales: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, que no es ni del Derecho civil ni edictal. El autor dice que la admisión de que el simple consentimiento, expresado sin forma determinada, e incluso sin palabras, pueda engendrar obligaciones es un incomparable logro del genio jurídico romano desconocido en los otros pueblos antiguos. Quizá esta idea tiene su origen en la conexión de estipulaciones interdependientes.

La fiducia estaría en cabeza de las acciones contractuales y su acción, probablemente sólo *in ius*, tendría su antecedente en la *legis actio per arbitri postulationem*. Por lo demás, la cláusula *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* debía de pertenecer probablemente no a la fórmula procesal, sino a una estipulación complementaria. De destacar es que el autor trata ahora de la cesión de créditos dentro de la sede más afín del contrato de mandato. También, por último, merece especial relieve la consideración que el autor hace del *receptum*. Según él, aunque la responsabilidad asumida era por custodia, no había una concurrencia superflua con la que ya se daba por el mismo contrato

de arrendamiento, ya que el *receptum* se refería originariamente tan sólo a los accesorios introducidos en la nave o en el hospedaje que no eran propiamente objeto del contrato (tesis de Brecht, contra De Robertis).

El libro se cierra con un amplio «índice de materias» (págs. 481-515) y un «índice de fuentes» (págs. 517-540). De otra parte, es preciso subrayar que está bastante bien editado —indudablemente el mejor de todos los de Ed. Universidad de Navarra—, lo que es todavía más meritorio si se considera la escasa tradición que existe en la publicación de libros romanísticos. *Derecho privado romano* es una síntesis acabada del trabajo realizado por un universitario ejemplar durante muchos años de servicio a la ciencia y cultura española y universal. Esta es, en efecto, la labor que presenta el autor a la sociedad española, precisamente en el año en que cumple veinticinco años como catedrático.

Emilio VALIÑO.

OTTE, Gerhard: *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, en *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte* 7, Böhlau, Colonia, 1964, 157 págs.

En la serie de investigaciones sobre la historia del derecho privado en la Edad Moderna, que dirigen Kunkel y Thieme —los fundadores, en 1936, presididos por Beyerle, de la nueva disciplina histórico-jurídica, entre las dos ramas tradicionales de la Romanística y la Germanística— aparece este volumen que tiene una especial significación para nosotros, por la figura que lo centra, si bien ha de ser integrada en una visión europea, en el sentido señalado por Carl Schmitt, el escrito de habilitación de cuyo discípulo y legítimo continuador Gunther Krauss, interrumpido por la adversidad académica, ha sido perdido sin remedio para la ciencia alemana; dos breves restos, en lengua española, *Francisco de Vitoria fundador del moderno derecho internacional*, en «Archivo de Derecho Público», Granada 4 (1951), págs. 123-139, y *La duda vitoriana ante la conquista de América*, en «Arbor» 75 (1952), págs. 337-355, dicen todavía algo de su aguda penetración en el tema; pero estos títulos, como el de Alvaro d'Ors, *Francisco de Vitoria, Intelectual*, en «Revista de la Universidad de Oviedo», 1947, sep. 21 págs., que abrió la cuestión en pleno centenario de Vitoria (1486-1546), no parecen haber sido conocidos por el autor, que ha tenido en este punto una información parcial.

El autor expone en su prólogo, con suma claridad, el interés actual hacia los productos de la tardía escolástica y su significado para la época del derecho racional. En este punto, una comparación entre la primera (1952) y la segunda (1967) edición de la exposición clásica de Wieacker, tan instructiva en otros aspectos, es concluyente. Fueron Pufendorf y Thomasius los que vieron en Grocio un innovador; éste mismo no se