

## A. RECENSIONES

DI PIETRO, Alfredo; LAPIEZA, Angel. *Manual de Derecho romano* (Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires s.d.), 486 págs.

Se trata de una obra conjuntamente escrita por los profesores Di Pietro, de la Universidad de La Plata, y Lapieza, de la Universidad de Buenos Aires, si bien ha participado en su redacción el profesor Lapieza Spota.

La obra va dividida en catorce capítulos. En el primero: *Nociones preliminares*, se trata del concepto de Derecho romano, de sus nociones fundamentales (*ius, fas, iustitia*, etc.), de su carácter y de sus períodos históricos. Particularmente destacable es que los autores se hayan decidido por abandonar la acepción subjetiva de derecho en el tratamiento del Derecho romano, que hoy se demuestra como una noción moderna y no romana. La obra adopta la periodificación de la historia jurídica propuesta por Guarino, basada en una periodificación de la historia política (ciudad quiritaria: Derecho arcaico; república: Derecho preclásico; principado: Derecho clásico; dominado: Derecho postclásico). Pero no parece el mejor sistema el de ligar dicha historia jurídica a la política, pues en ningún pueblo se ha demostrado más acabadamente la independencia del derecho de lo político. Las coincidencias que, no obstante, existen en algunos períodos, se explican también por otros factores, además del político.

El capítulo II se dedica a la *Historia y estructura de las instituciones político-sociales romanas*, explicada la materia sobre la base de la periodificación política antes señalada. Así como a propósito de los dos primeros períodos cuidan los autores de dar una visión histórica de la evolución de cada uno, hay que notar que falta ella respecto del principado (se omiten menciones al importante vuelco dado al régimen por Adriano y luego por los Severos) y del dominado. Fuera de ello, la visión del capítulo resulta muy equilibrada.

El capítulo III se refiere a las *Fuentes del Derecho romano*. La completa síntesis que del asunto presenta el capítulo, muy apegada a la realidad del sistema histórico de fuentes romanas, hacía innecesaria la introducción referente al sistema de fuentes en sentido moderno (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina), más desorientadora que útil.

El capítulo IV se destina a la *Vigencia ulterior del Derecho romano*, que demuestra el plausible criterio de dar, ya en el curso de Derecho romano, una visión, si bien sintética, del destino posterior de este derecho. Se echa de menos, sin embargo, un tratamiento más extenso —en el mismo pie que glosadores, comentaristas y humanistas— de la escuela del Derecho natural, pues en fin de

cuentas esa escuela representa un cuarto momento de la evolución del Derecho romano en Occidente, dando origen al Derecho romano-iusnaturalista, antecedente inmediato de la codificación.

A partir del capítulo v comienza el tratamiento de las instituciones, con *Las personas*. El capítulo vi se destina a las cosas (no en el extenso sentido gayano, sino en el moderno). El capítulo vii trata del *Negocio jurídico*. En este punto cabe lamentar que los autores, teniendo plena conciencia de que la categoría del negocio jurídico es una creación moderna, particularmente de la pandectística (ya con claros antecedentes en el iusnaturalismo), y declarándolo así, no obstante ello destinen una exposición al tema. No es vano reclamar una vez más la supresión de esta clase de capítulos en todo tratado de Derecho romano por no ser Derecho romano.

No obstante la declaración de los autores en el sentido de reconocer la inaplicabilidad al Derecho romano de la categoría del Derecho subjetivo, el capítulo viii se destina a la *Defensa procesal de los derechos*. Con todo, en compensación los autores cuidan de explicar la preeminencia de la acción y su importancia para el Derecho sustancial.

El capítulo ix se titula *Derechos reales*. Comienza él con un paralelo entre éstos y los derechos personales, muy útil para la comprensión adecuada del alumno. En tema de modos de adquirir, la accesión aparece como modo autónomo, cuando en realidad los casos que lo constituyen son de ocupación. Sabido es que la configuración del modo accesión pertenece al Derecho medieval. Y tampoco parece aceptable el exponer los derechos de usufructo, uso y habitación bajo la categoría de servidumbres personales, que es justiniana y no clásica.

El capítulo x se dedica a las *Obligaciones en general*, es decir, al concepto de obligación, sus clasificaciones y sus fuentes; y el capítulo xi se dedica en especial a los contratos, aceptando los autores la categoría amplia de contrato inventada por Gayo. El capítulo xii se refiere al *Efecto y extinción de las obligaciones*.

El capítulo xiii trata de la *Familia* y el capítulo xiv de las *Sucesiones*. A este respecto se presenta el problema sistemático relativo a que pedagógicamente mejor parece tratar de la familia antes que las obligaciones, y de ambas, antes que las sucesiones.

Las anteriores consideraciones, que han querido destacar algunas diferencias de criterios, no obstan en nada al carácter excepcional de este libro dentro de la romanística hispanoamericana. La solvencia académica de sus autores no podía dejar de producir una obra clara, didáctica, moderna y equilibrada. Vayan, pues, nuestras felicitaciones para ellos.

ALEJANDRO GUZMÁN  
Univ. Católica de Valparaíso

GUZMÁN, Alejandro, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1976), 300 págs.

El objetivo de esta obra es desentrañar, en su primer estudio, denominado *Ius tutoris dandi*, el origen y desarrollo histórico de la tutela magistratual, vinculado a los problemas que presenta el plebiscito llamado *lex Atilia*; y en el segundo, titulado *Excusatio tutoris*, la aparición y el desarrollo de las excusas de los tutores.

El desenvolvimiento de estas instituciones que mira fundamentalmente a la creación del tutor magistratual y la aparición del sistema de las excusas, presentan agudos problemas que es necesario dilucidar a través de la interpretación histórica y la exégesis de los fragmentos jurisprudenciales, siendo necesario encontrar las primeras formas de las instituciones por vía de hipótesis comprobadas incompletamente por los textos y entrar a crear una estructura lógica que llene el vacío de mejores datos documentales para demostrar los asertos.

El A. ha sorteado con habilidad y profundidad estos escollos y ha llegado a conclusiones a veces definitivas y otras alternativas, pero todo en un plan de acercamiento a la realidad de la época que parece altamente probable dentro de los medios de que dispone la ciencia romanística en estos momentos.

El estudio titulado *Ius tutoris dandi* enfoca el problema a la luz del planteamiento de Ulpiano, D. 26.1.6.2, sobre la competencia legal de la *datio tutoris*. Ello lleva a la hipótesis insinuada por las fuentes como base a las referencias del contenido de la *lex Atilia*, cuyo texto exacto es desconocido.

Para ello parece necesario esclarecer la situación de la existencia de los tutores preatilianos, tanto testamentarios como legítimos, y la posible existencia de un tutor *praetorius* designado por el magistrado.

Como no existen datos precisos de esa época, es necesario recurrir a la hipótesis para determinar si con anterioridad a la *lex Atilia* existió un *ius tutoris dandi* y cuál sería el fundamento jurídico de ese *ius*. El A. rechaza la idea de que haya sido posible otorgar un tutor basado en la facultad del *imperium* del pretor y que hubiera existido otra disposición jurídica que lo autorizara con anterioridad a la ley.

Al analizar históricamente la *lex Julia et Titia* encuentra un argumento para apoyar la tesis de que la *datio tutoris* viene siempre de una ley pública que la establece y que no emana ni del *imperium* ni de la *iurisdictio* ordinaria del pretor.

La *lex Hostilia*, que presenta el caso de excepción a la regla de que las *legis actiones* no admiten actuar a nombre de otro, como en el caso del tutor ausente por causa de la república, o estar prisionero del enemigo, da lugar a la investigación de la autenticidad del texto, los supuestos jurídicos sobre que descansa la *lex Hostilia* y la probable época de la votación de ella.

Los efectos de la *captivitas* y del *postliminium* serían la suspensión de la tutela, por lo que la *lex Hostilia* hace posible que cualquiera actúe *nomine pupilli*.

La modificación del régimen según la *lex Atilia* es pedir en el caso de los cautivos, un tutor nuevo con carácter condicional que cesa en el cargo si

regresa el titular. Las tutelas interinas son dadas por el pretor como además lo señalan la *lex Salpensana* y la *lex Ursonensis*.

La *lex Salpensana* expresa que el tutor magistratual es un *tutor iustus*. Esto se refuerza con D. 26.1.1. pr. en que se dice que la tutela es *iure civili data ac permisa*.

El momento de votación de la *lex Atilia* es el año 210 A. C., o sea, en plena segunda Guerra Púnica. Esta guerra implicó para Roma una disminución importantísima de su población, lo que debió determinar que surgiera un considerable número de personas *sui juris* incapaces por haber muerto sus padres, los que no otorgaron testamento designando tutores, o porque los agnados llamados por la ley habían desaparecido en la guerra. De esta manera, la falta de tutor llegó a convertirse, por fuerza de los hechos, en una cuestión de trascendencia pública, a lo que vino en ayuda la *lex Atilia*, que dispuso, a falta de otro tutor, se designase uno por el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe. La intervención de los tribunos de la plebe refleja que la situación era esencialmente plebeya.

En el tercer capítulo el A. se hace cargo del problema del llamado *tutor praetorius*, que ha sido tratado como un indicio de un general *ius tutoris dandi* preatiliano.

El A. estima que la figura del *tutor praetorius* no puede ser aceptada como el precedente de un *ius tutoris dandi* más general en la época preatiliana.

El *tutor praetorius* debió ser introducido por una ley para actuar como persona ajena al litigio en igual forma que una ley permitió al *vindex* intervenir en la *manus injectio*.

La tesis concluye que las tutelas magistratuales tuvieron su origen en la ley y que no es otra que la *lex Atilia*.

La segunda parte de la obra trata de la *excusatio tutoris* y se apoya en el principio dogmático de que si el cargo de tutor es obligatorio debe existir un sistema de excusas que permitan liberarse de él, lo que no ocurriría si fuera voluntario. La excusa nació de la tutela magistratual emanada de la *lex Atilia*.

La *constitutio divi Marci* estableció un procedimiento especial de alegación ante el magistrado que había hecho el nombramiento, con lo que modificó el sistema anterior de reclamo, por vía de apelación ante los cónsules a los cuales el emperador Claudio otorgó el *ius tutoris dandi*.

Según el A. la *excusatio tutoris* no existió en la época republicana ni en la alto clásica y ella fue introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico romano a través de un senado consulto de Adriano, del que Gayo nos da cuenta en sus *commentarii* 1.182.

La *excusatio* se encuentra relacionada con la obligación de ejercer el cargo, o de aceptarlo. Si la aceptación del cargo es voluntaria no caben las excusas, pero si alguien acepta el cargo pueden darse excusas para exonerarse del mismo.

Existe ausencia de testimonios acerca de la *excusatio tutoris* en Gayo y en las fuentes de las épocas republicanas y alto clásicas. De ello se desprende que si la excusa fue una figura reconocida en el Derecho tutelar republicano y alto clásico el silencio demostrado es inexplicable; si, en cambio, aquella no existió, el silencio obedece a una causa natural.

Analiza el A. a continuación ciertos hechos que no constituyen excusas en la época republicana y alto clásica, a pesar de que en la época tardo clásica fueron constitutivos de excusas.

Tales son los casos de la enfermedad, o la ubicación de los bienes que se encontraban fuera del domicilio del deudor que permitieron solicitar un *curator*, o un *actor* o *adjutor* bajo responsabilidad del propio tutor.

La locura y la sordomudez fueron consideradas incapacidades, mientras que en la época tardo clásica pasaron a ser incluidas entre las excusas.

De lo expuesto se desprende que en las épocas republicana y alto clásica la jurisprudencia no usó el concepto de excusa porque no existía.

Los rescriptos imperiales elaboraron excusas como la de la persona que se ausenta por causa de la república, sea que ya hubiese asumido la tutela, sea que recién fuesen designados para ella, o se le defirieren dentro del año de su regreso. Los veteranos honrosamente licenciados tenían excusa perpetua de tutela, salvo para una sola: para el hijo de un camarada. La jurisprudencia dispuso que el militar no podía asumir las tutelas deferidas en el servicio.

El A. sostiene que la fuente legal que estableció la *excusatio tutoris* con base a la cual los rescriptos imperiales y la jurisprudencia fueron elaborando los distintos casos de excusa, fue el senado consulto a que hace referencia Gai. 1.182.

La tutela creada por la *lex Attilia* era obligatoria y así se demuestra y por ello debió dar lugar a excusas.

Dentro de la tutela magistratual se desarrolló una institución que era apta para sustituir el régimen de excusas y que se ha denominado *potioris nominatio*. Esta institución aparece probada a partir de Marco Aurelio (FV. 210). El magistrado al elegir el más apto sólo aplicaba su facultad de designación.

Como la tutela testamentaria desde Adriano en adelante admite la *excusatio* se deduce a partir de entonces la obligatoriedad del cargo.

El Digesto confirma ampliamente la existencia de excusas.

Los cónsules habían introducido el decreto *de periculo tutoris* haciendo responsable al tutor testamentario de su desobediencia en asumir. Para hacer efectiva esta responsabilidad se recurrió a la *actio tutelae utilis*, cuyo modelo era la *actio tutelae*.

El senado consulto de que hace mención Gayo estableció que la tutela se extingue por la excusa aceptada o la remoción de la tutela y ello da lugar a la dación magistratual y la supresión de la antigua *abdicatorio tutelae*.

Cuando era admitida la *excusatio* la tutela no revertía a los agnados, sino que se concedía un tutor magistratual. Si la *excusatio* era rechazada, quedaba el tutor vinculado al cargo y podía ser compelido por medio de la coerción.

El senado consulto de Gai. 1.182 emanó en la época entre Casio y Antonino Pío y el autor sostiene que fue en la época de Adriano y ello porque desde su reinado empezaron a surgir las primeras excusas. El jurista Juliano suscribió la opinión de remover al tutor y esta idea fue sancionada legalmente.

Después de la dictación del senado consulto se amplió el cuadro específico de los casos de *excusationes*. La expresión *sive ex causa fuerit excusatus* se ajusta a la posibilidad del desarrollo de las excusas y aunque no se establecieron causas concretas, fue la base para que los rescriptos imperiales y la jurisprudencia comenzaran a establecer en forma definida los casos específicos de excusas del autor.

Marco Aurelio unificó los regímenes de obligatoriedad y responsabilidad de las tutelas testamentaria y magistratual y creó un nuevo procedimiento de excusas a través de la *constitutio Marci*. En virtud de esta norma la tutela testa-

mentaria fue obligatoria ex lege y pasó a constituir fuente de responsabilidad del tutor y la vía del procedimiento *extra ordinem* pasó a ser usado para constreñir al tutor para asumir el cargo.

Las conclusiones son las siguientes: el senado consulto Gai I. 182 es el primero que introdujo el ordenamiento tutelar a partir de la época de Adriano; con anterioridad la tutela testamentaria era voluntaria y la magistratual no era excusable; la responsabilidad de la *cessatio* se hacía efectiva por la *actio tutelae utilis* de posible carácter edictal; desde Adriano se desarrolló el sistema de las excusas.

La obra que hemos expuesto, en síntesis, representa una importante renovación de las doctrinas sobre la tutela que se hacía necesario emprender para significar la incorporación a su comentario y análisis de los avances de la investigación.

Desde que Solazzi realizó sus importantes avances a las tutelas se hacía sentir la necesidad de incorporar un aliento de nuevos aportes en este campo al que ya había contribuido Debbasch más recientemente.

El autor a través de un conjunto de tesis diversas ha ido configurando en su obra un sistema referente a las tutelas que, sin introducirse en un mecanismo dogmático, ha sabido esclarecer los numerosos problemas que se plantean, y buscar soluciones lógicas, ordenadas y armoniosas, a las contradicciones que han surgido de las exposiciones anteriores. Empleando la exégesis y la historia ha ubicado en el tiempo y en la jurisprudencia las soluciones que aparecen sólidas, oportunas y bien cimentadas.

Contribuye de una manera relevante y de gran importancia a la investigación del tema en torno a la tutela que permite ver las perspectivas que se pueden continuar ampliando en el análisis de los textos y a través de la reconstitución del marco de la historia en el desenvolvimiento de las instituciones.

Sus conclusiones y argumentaciones, en relación a las doctrinas y teorías desarrolladas por autores anteriores están bien fundamentadas y resaltan puntos que en el tiempo en que fueron formuladas no eran criticables a la luz de su época, pero que actualmente, con el progreso de más modernos aportes, resultan insatisfactorias y son necesarias nuevas interpretaciones, como las que exitosamente ha emprendido el autor.

La contribución de esta obra merece ser incorporada al acervo de materias cuyo avance es de trascendencia en los estudios de la romanística.

HUGO HANISCH  
Universidad de Chile (Santiago)

## B. RESEÑAS

BETANCOURT, FERNANDO, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el Derecho romano clásico*, en *Anuario de Historia del Derecho español* 45 (1975), pp. 7-121.

El A. comienza por fijar el límite de su trabajo al señalar en la Introducción (pág. 13) que “el tema de nuestro estudio es el análisis de los recursos supletorios de que dispone el pretor ante la negativa del legitimado pasivamente a prestar la *cautio damni infecti*”. Excluye el A. de su estudio la *actio damni infecti* tratada por Gai. 4. 31, pues “presupone un régimen del *damnum infectum sin cautio*”.

El cap. I está destinado a examinar el comentario de Ulpiano contenido en el título segundo del libro 39 del Digesto, para lo cual transcribe y analiza cuidadosamente sus párrafos. Es interesante hacer resaltar que el A., al tratar en particular cada texto del comentario de Ulpiano, introduce en ocasiones, acertadas críticas, como sucede, v. gr., en D. 39, 2, 7; así, después de señalar que buena parte de la doctrina duda de la integridad de este texto, puesto que estaría faltando la cláusula relativa al *opus quod in via publica fiet* en correspondencia con la del *opus quod in flumine publico ripave eius fiet*, que sí aparece en la cláusula edictal, el A. expresa que “debe de haberse suprimido una parte del texto edictal inmediatamente antes de la cláusula sobre la *missio in possessionem (in eum... iubebo)*, pues este recurso era inaplicable en los supuestos de obras en los lugares públicos, para los que resultaba aplicable la denuncia de obra nueva”, materia esta que aborda en el cap. v.

Además, el A. nos indica en este cap. I, que en el examen seguirá un orden temático “para luego extraer los datos que, en unión de otros procedentes de otros textos jurisprudenciales (del mismo Ulpiano y otros autores), permitan una más ajustada reconstrucción dogmática del trámite de la *cautio damni infecti* y concretamente de los expedientes jurisdiccionales que pueden sustituirla”.

En el cap. II, el A. entra de lleno, y con método claro y preciso, a tratar de la *missio in possessionem* para el caso de negativa de prestar la *cautio* cuando el daño amenazante es causado por un *vittum aedium* o *loci*. Y, precisamente, afirmándose el A. en el comentario de Ulpiano, hace la gran distinción de los diferentes grados de la *missio*; a saber, *missio in possessionem ex primo decreto* “con una función eminentemente coactiva y preventiva”, y *missio in possessionem ex secundo decreto* o de posesión definitiva. Al examinar los diversos grados de la *missio*, se utiliza el expediente de distinguir entre presupuestos formales y

materiales, los efectos de cada uno de ellos, y, en su caso, la eventual revocación del decreto que ordenó la *missio*. Es oportuno que nos detengamos en el efecto atribuido al segundo decreto. El A. nos señala que este decreto hace que el *missus* sea considerado un verdadero poseedor (*possidere*), y que, cuando entra en posesión de la cosa, ocupa el lugar de un propietario bonitario disponiendo de todos los medios procesales propios de un propietario de tal calidad. Aquí el A. plantea un interesantísimo problema, derivado de que la doctrina no ha considerado la *iusta causa* para la usucapición del *missus ex secundo decreto* (p. 53). Después de dar a conocer la probable razón que la doctrina ha tenido para obviar la discusión, que, a su juicio, se halla en que se ha estimado ser el título *pro suo* (D. 41.10) el precedente en este caso, sostiene, no sin razón, que la justa causa estaría representada por el mismo decreto del magistrado. Esta afirmación la apoya en textos a los que la doctrina, al parecer, no ha dado mayor relevancia.

En lo referente al interdicto "*ne vis fiat ei, qui damni infecti missus erit*", de que disponían tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto*, el A. (p. 55) nos adelanta la conclusión de un problema que analiza con detalle en el cap. iv, esto es, que los compiladores siempre han confundido el interdicto con la *actio in factum*, acción ésta que procederá en el único caso en que el daño está ya producido.

Al examen de las fuentes que versan sobre el daño en cosa inanimada no garantizada por caución previa, está dedicado el cap. iii. Luego de reconstruir el régimen de la *cautio de damno praeterito* y del interdicto que procedería en este caso (*de ruderibus tollendis*), el A. hace una revisión a fondo de las diversas opiniones de la doctrina romanística en torno a la existencia o inexistencia de la *cautio* y del interdicto aludidos (p. 65 ss.). Hace concluir el presente cap., describiendo en detalle no sólo las posibles reacciones del demandado, producida la ruina que originó daños a la casa vecina, sino que también los recursos de que dispone el propietario de la casa ruinosa, según los varios casos que indica.

Es interesante lo afirmado por el A. (p. 59) respecto a la expropiación voluntaria o forzosa que producen la *cautio de damno praeterito* y el interdicto *de ruderibus tollendis*. Y lo consideramos así desde que no siempre ha sido planteado con claridad, como se hace aquí, la existencia de expropiaciones en el Derecho romano clásico.

Es complejo el problema tratado por el A. en el cap. iv, preguntándose "qué ocurre cuando el daño se produce antes de que el *missus* pueda entrar en posesión por habérselo impedido el que debía darle la caución". Así, en este capítulo se estudian (pág. 77 ss.) los presupuestos de la *actio in factum* y su controvertido régimen, a más de analizar el caso planteado en D. 43.4.4.3, que trata de la *missio* fallida por ausencia del magistrado.

También es abordado en el referido capítulo la eventual confusión justificable de la acción *in factum* con el interdicto "*ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*"; procediendo la acción, según el A., "contra el que impedía dolosamente la toma de posesión del *missus*", y el interdicto "para los casos de resistencia violenta a un *missus in possessionem*". El A. afirma a este respecto: "estos dos expedientes en materia de daño temido, interdicto y *actio in factum*, fueron fundidos por los compiladores, siendo el primero subsumido bajo la denominación del segundo; es decir, que aquéllos pusieron la *actio in factum*

en lugar del interdicto, lo cual se observa en el libro 48 de Paulo: D. 39. 2. 18. 13-15; pero también en el libro 1 de Ulpiano: D. 39. 2. 4. 2. Y en el mismo libro 69 de Ulpiano (D. 43. 4. 4. 4) los compiladores convierten el interdicto (general para las *missiones in possessionem*) en la *actio in factum* (generalizada)".

Antes de hacer concluir este capítulo, el A. somete a aguda crítica las posiciones sostenidas por Alibrandi (1896) primero, y Branca (1937), después, referidas a la naturaleza de la acción que procede contra el que no deseaba prestar la caución *de damno infecto*; ambos autores la califican como acción ficticia. Sin embargo, basado en sólidos argumentos, el A. demuestra que estamos en presencia de una acción *in factum* (pág. 88).

A la indagación de las relaciones existentes entre la denuncia de obra nueva y el interdicto demolitorio, que para el A. debe ser considerado como un verdadero recurso supletorio de la *cautio damni infecti*, está reservado el cap. v; y, finalmente, en el vi y vii se estudian el régimen de la *cautio* en la *lex Rubria* y la acción subsidiaria contra el magistrado municipal. En ambos capítulos se trata de la jurisdicción municipal.

Es incuestionable el aporte que representa para la romanística este interesante como muy bien documentado trabajo del profesor colombiano.

F. R. C.

KASER, Max, *Römische Privatrecht*<sup>9</sup> (C. H. Beck, München 1976), 371 págs.

La novena edición de este manual del conocido y reputado romanista alemán, del cual existe una traducción al castellano, presenta las novedades que el mismo autor ha incorporado a la segunda edición (1975) del tomo II de su *Das römische Privatrecht*. Mientras este último constituye ahora la más completa y mejor exposición del Derecho romano, el manual en referencia se presenta como un útil instrumento para el estudio por parte de los alumnos.

A. G.

LEVI, Mario Attilio; MELONI, Piero, *Storia romana dagli etruschi a Teodosio*<sup>4</sup> (Istituto Editoriale Cisalpino - La Goliardica, Milano s.d.), 614 págs. + XXIV tavole.

Aparte de la clara, si bien general exposición de la historia romana en el período al cual se refiere la obra, resalta en ésta su completísima documentación. Constantemente los autores reservan apartados especiales para dar noti-

cias de la bibliografía y de las fuentes, de modo crítico, presentando así, el estado de cada cuestión. Útiles apéndices completan el libro, relativos, p. ej., a las medidas, a las monedas, a las vías de comunicación. Hay índice de nombres y excelentes tablas geográficas.

A. G.

RICCOBONO, Salvatore, *Roma, madre de las leyes* (Ediciones Depalma, Buenos Aires 1975), 97 págs.

Este trabajo vio la luz como un artículo en *BIDR.* 43 (1953). Ahora, como un acto de homenaje al ilustre romanista —representante de la posición anticrítica—, fallecido en 1958, aparece por primera vez publicado en idioma castellano, y con una edición bajo formato de libro.

Claramente establecida en la tradición jurídico-romana la diferencia entre derecho (*ius*) —acto de autoridad jurisprudencial— y ley (*lex*) —acto de potestad política—, el título asignado a esta publicación aparece como técnicamente inapropiada, pues sabido es que en el período de mayor auge de la evolución jurídica de Roma, la ley tuvo un papel de muy escasa relevancia en la formulación del derecho. Tal vocación alegalista mereció el dicho de Schulz —referido a Roma— que “el pueblo del derecho no es el pueblo de la ley”. Sin embargo, el punto referencial de este estudio lo constituye una ley: el *Corpus Iuris Civilis*. Tal obra, en efecto, fue promulgada por Justiniano, quien representa la culminación del absolutismo político y jurídico dentro de la historia romana. En dicho texto aún los viejos criterios jurisprudenciales compilados aparecen como surgidos *ex novo*, como obra *suva*, sin vinculaciones con sus autores materiales. Sólo como un acto de providente obsequio hacia éstos, conservó junto a cada fragmento el nombre del autor y la obra de donde se recogen. Con Justiniano, así, el derecho se ha legalizado y el *Corpus Iuris Civilis* es el mismo una ley.

Señala el A. que el *Corpus Iuris Civilis* representó, a la vez, el epígono de la primera vida del derecho romano, unida al cuerpo político en que se gestó, y el inicio de la segunda, toda espiritual, separada ya de aquél. La compilación justiniana se convierte de esta forma en el punto que bisecta la gran historia del Derecho romano, y que sirve también al A. para dividir en dos partes su exposición.

El estudio del A. se refiere, primero, a la actitud que la tradición jurídica occidental adoptó ante ese texto, describiendo de manera sucinta el papel que ante él adoptaron los juristas medievales (glosadores y comentaristas), los renacentistas (humanistas) y los de la época moderna (iusracionalistas), hasta el trasvase del contenido romanista en los códigos modernos. En seguida, invirtiendo el orden cronológico de los acontecimientos, presta atención a la primera vida del Derecho romano, que es aquella que va desde su nacimiento hasta Justiniano. De esta forma, pareciera a los ojos del A. que sólo la virtualidad de un suceso histórico, esto es su influjo en una actualidad diversa

de aquella en la cual se gestó, permite abordar el estudio de la génesis y desarrollo de su existencia propia, vale decir, de la que se vincula con la sociedad donde nace y a la cual estaba originariamente destinada a regir.

En este segundo período —que es primero cronológicamente— marca el A. como época importante el aparecimiento de la pretura peregrina en torno a cuya *iurisdictio* se fueron elaborando los principios del *ius gentium*, los que —como se sabe— pasaron por obra de la pretura urbana a informar también la actividad jurídica surgida de ésta. Tal vía abrió un nuevo cauce de fundamentación del Derecho romano, ahora sobre la *fides* y el *bonum et aequum*, la cual importó una renovación de las artificiosas construcciones del derecho arcaico, inadecuado para amparar con eficacia las exigencias de una nueva sociedad. El lema ciceroniano mencionado en *De off.* 2.33, *summum ius summa iniuria* sirve al A. como una expresión que traduce con extrema fidelidad el problema de la inadecuación del antiguo derecho quiritorio a la nueva realidad romana. Conocida es la opinión del A. en esta materia —no señalada en este texto que recensiamos—, en relación con el influjo de la retórica en la solución de aquel problema, según lo mostró con su apasionada apología al artículo de Sroux, *Summum ius summa iniuria*, cuando éste apareció publicado en su versión italiana en los *AUP.* 12 (1929).

Ya al finalizar el desarrollo de esta segunda parte expositiva se detiene el A. en el estudio del influjo que el estoicismo y luego el cristianismo ejercieron en el Derecho romano. Para él la ética cristiana, volcada en el *Corpus Iuris Civilis*, se convirtió en la fuerza eficaz que aseguró la vitalidad histórica del Derecho romano. Termina haciendo una breve referencia de la gravitación del cristianismo sobre la codificación justiniana en base al análisis de instituciones concretas (esclavitud, personas y familia, cementerios, donaciones, *piae causae*, comercio y obligaciones y Derecho penal).

A través de un estilo claro pero no exento de sugerencias, el A. ofrece aquí unas páginas de difusión acerca de los avatares más destacados del Derecho romano, desde sus albores hasta la del proceso codificador. Enseña de esta manera, a quienes no son especialistas en esta materia, cómo el Derecho romano, a través de marcos formales diversos, ha estado presente en todas las grandes etapas de la evolución jurídica de occidente. Por lo mismo, este trabajo tiene la virtud de revelar que en la historia del Derecho ha de prestarse atención no sólo a lo que cambia y se muda, sino también a lo que permanece, representado esto último muy principalmente por la multiseccular tradición romanística.

2. RECENSIONES Y RESEÑAS A  
OBRAS SOBRE HISTORIA DEL  
DERECHO

## A. RECENSIONES

GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones.* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 1977), 128 págs.

En la Introducción de este estudio, el A. refiere el estado actual del Derecho chileno, en relación con el problema de la recodificación de su ordenamiento jurídico el que —al igual que en otros países— surge hoy como una exigencia apremiante frente a una farragosa legislación que crece desbordando el contenido de los códigos. Ante este hecho plantea el A. que asumir dicha empresa con éxito y de manera duradera exige ciertos presupuestos básicos, sin los cuales todo propósito recodificador resulta ilusorio. En su opinión tales condiciones son las siguientes: trabajo de juristas, obras epigonales en que se culmine esta labor, y período de estabilidad socioeconómica. Sostiene el A. que ninguna de ellas se dan actualmente en nuestro país.

En los capítulos siguientes ciñe el A. su exposición, desligado ya de toda circunstancia nacional concreta, a las dos primeras exigencias. Varias ideas que vitalizan un verdadero aporte en esta materia expone aquí el A.: i) destacar que un código no surge *ex novo*, sin precedentes anteriores, sino que, al contrario, requiere de un trabajo científico-jurídico previo en el cual se apoya; ii) su distinción entre códigos legislativos (sancionados por el poder público bajo la forma de ley) y jurisprudenciales (obras pertenecientes a los propios juristas), unos y otros con epígonos anteriores, ya en la tarea de profesores y juristas, respectivamente. Puntualiza en esta materia que ambos tipos no suelen darse en forma pura, sino que se trata más bien de una cuestión de preponderancia, pues hay recíproca interferencia ya del poder público en el derecho de juristas, ya de éstos —en el rol de exegetas— en el derecho legislativo, y iii) su aguda crítica a la nomenclatura de Viora, que distingue entre consolidaciones y codificaciones, a lo cual el A. sostiene que la fijación es un género amplio, que ha de ser entendida como el reemplazo de la pluralidad de fuentes anteriores por una única nueva fuente. La tipología que puede asumir la fijación es variada, dentro de la cual cabe incluir a la codificación como una de ellas. Esta existe, dice el A., cuando un cuerpo fijador logra consagrar su vigencia en cuanto a forma. Sólo entonces estamos ante un código. Con esta afirmación quiere significar el A. que los preceptos contemplados en un código adquieren vigencia no individualmente considerados —como en las recopilaciones, que es otra forma de fijación del derecho—, sino en cuanto se incorporan en un cuerpo único que obtiene valor oficial unitario.

Esta primera parte, que comprende la Introducción y los capítulos I (Fijaciones, cuerpos fijadores y códigos), II (Los epígonos en la fijación y las fijaciones legislativas y jurisprudenciales), y III (Consolidaciones, codificaciones y otras especies de fijación), es una exposición dogmática sobre la base de conceptos seriamente madurados por el A., pero donde su examen no aparece escindido de la consideración histórica, sino ratificados por ésta. En este sentido, la sólida formación romanística del A. le permite encontrar en el Derecho romano, muy principalmente —experiencia en la cual se han presentado todas las vicisitudes que el derecho puede vivir como substancia histórica—, ya un ejemplo, apoyo o demostración a las ideas con las cuales aquí juega. Tales alusiones se van consignando, con acertada oportunidad, en letra de cuerpo pequeño.

En lo que podríamos denominar la segunda parte de este libro, y que corresponde al capítulo IV (La codificación), trata de la codificación como fenómeno histórico-jurídico.

Señala el A. que, si bien la codificación nace como representativa de una postura filosófico-jurídica, el iusracionalismo, pervive con posterioridad desligada de tal presupuesto, pues pasa a transformarse en una técnica de fijación del derecho, difícil aun de poder ser sustituida por otra diversa. La gran idea del A. en este importante capítulo —y que es al mismo tiempo su gran aporte en él— está, a nuestro parecer, en haber fijado por primera vez de modo acotado y con una explicación independiente pero al mismo tiempo armónica, los diversos elementos que confluyen en el proceso codificador: i) una filosofía jurídica (el iusracionalismo); ii) un contenido dispositivo al cual dicha filosofía se aplica (el Derecho romano) y iii) un método de exposición a esa síntesis filosófico-jurídica (la sistemática-axiomática).

En el análisis de cada uno de estos elementos el A. va ofreciendo una serie de opiniones que aclaran el problema de la génesis y desarrollo de la idea de codificación del derecho. Plantea que el racionalismo jurídico encuentra antecedentes útiles en el humanismo jurídico, de la misma manera —podemos aquí agregar— como el racionalismo en general las halla en el humanismo. Desde luego, la posición jurídica renacentista adoptó una actitud crítica ante el principio de autoridad y la tradición histórica, que el iusracionalismo, al pretender crear un derecho liberado de toda experiencia histórica y descubierta por la propia razón, no hizo más que radicalizar. Por otra parte, ya en los juristas humanistas se dio la existencia de un conato de presentación sistemática de la materia jurídica de corte ciceroniano —según el Arpinate lo habría concebido en su proyectada obra *De iure civili in artem redigendo*—, pero advirtiendo el A. que mientras la sistemática de los renacentistas fue de índole dialéctica, la de los iusracionalistas, en cambio, fue matemática.

La actitud del iusracionalismo frente al Derecho romano la sintetiza el A. en dos aspectos principales: por una parte, en el proceso de abstracción que aquel hizo de los presupuestos contingentes del Derecho romano, y, por otra, en la intromisión de las premisas del individualismo jurídico. Se ve aquí una posición si se quiere paradójica por parte del iusracionalismo, en el sentido de que mientras postula a priori la construcción de un derecho desligado de la historia, a la hora de concretar tal intento se nutre, en cambio, de un derecho histórico —el Derecho romano—, surgido en un tiempo y espacio dados, el que es así eficazmente utilizado para construir un nuevo esquema

jurídico. De otro lado, su postura en oposición al principio de autoridad igualmente se relativiza, pues el Derecho romano del imperio medieval consignado en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que fue para los juristas del medioevo —glosadores y comentaristas— un verdadero dogma jurídico, de manera similar también lo fue para los propios iusracionalistas al pretender valorarlo como *ratio scripta*. Tal tipo de consideración, en efecto, representa analógicamente una especial forma de laicización de esa visión dogmática. Por último, no debemos olvidar que el Derecho romano rigió de alguna manera como Derecho natural, al menos, en el sentido de la universalidad que alcanzaron sus preceptos. El profundo alcance de la frase *unum esse ius cum unum sit imperium* —representativa de un anhelo acuñado con especial vigor en la ideología jurídico-política medieval—, sintetiza con acierto tal pretensión.

La axiomática, por último, elemento de presentación del contenido dispositivo del código, entronca con las matemáticas, ciencia de gran esplendor en los siglos en que se gesta el movimiento codificador. Así como las matemáticas exponen conclusivamente deducciones de unos principios evidentes, así también el iusracionalismo —cuyos más conspicuos representantes fueron a la vez juristas y matemáticos— construyeron una estructura jurídica que se apoya en preceptos indubitables —los derechos innatos—, desde los cuales gradualmente se va elaborando un determinado sistema de exposición del material jurídico. Sabido es que en la realización de un código dicha armazón sistemática envuelve una aspiración de omnicomprensividad en orden a que sea programáticamente eficaz para ofrecer solución a cualquier supuesto de hecho. La personalidad de Leibnitz (1646-1716) recibe aquí de parte del A. una especial atención por ser el primero en quien confluyen los diversos elementos de la codificación, y, muy especialmente, el teorizador de la sistemática iusracionalista. En su obra *Novum Corpus Iuris*, cuyo contenido se inspira en el Derecho romano —el que expone *more geometrico*—, tal aspiración encuentra por primera vez su gran logro.

Finaliza esta obra con un capítulo relativo a la gestación de cuatro grandes fijaciones del derecho: el Digesto, La Magna Glosa, el Code Civil y el Bürgerliches Gesetzbuch, alemán. Los dos primeros pertenecientes al ámbito del derecho de juristas, los dos últimos, en cambio, a la esfera del derecho legal.

El tema tratado por el A., especialmente en el capítulo iv (La codificación), constituye un aporte de especial importancia tanto para la historia del Derecho como para la filosofía jurídica: él entronca con la última gran etapa de la historia del Derecho aún vigente, y por otra, fija ideas claras y renovadoras sobre el real aporte que en tal tarea cupo al iusracionalismo, estudiado aquí en su discurso y real actividad histórica, y no como un fenómeno separado de ella. Pero es especialmente la historia del Derecho, donde el tema de la codificación suele ser tratada muy fragmentariamente —acaso por la dificultad de fijar sus presupuestos, cosa que el A. hace con magistral éxito—, la asignatura jurídica que en mayor medida puede aprovechar las valiosas conclusiones del A.

Por último, nos cabe sostener, sabiendo que con ello hiero la modestia del A. —que no es otra cosa que la del verdadero científico— que esta obra que recensiono es un orgullo para la literatura jurídica chilena. Por la riqueza de

informaciones, aportes y conclusiones que ella contiene, introduce en la historiografía chilena un tema que desde hace tiempo viene recibiendo en Europa una atención preferente.

ITALO MERELLO  
Universidad Católica de Valparaíso