

A. RECENSIONES

D'Ors, Xavier, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español Nº 25 (Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Delegación de Roma, Roma-Madrid 1974), 210 págs.

Se trata de la tesis doctoral de nuestro querido condiscípulo de la Universidad de Navarra, Xavier d'Ors, defendida ahí es enero de 1973, y que ahora ve la luz en la lograda y magnífica serie Cuadernos del Instituto Jurídico Español, de Roma.

El A. ciñe su exposición (p. 2 s.) al *fraus creditorum*, y evita entrar en el tratamiento de los actos fraudulentos en general, entre los cuales destacan las manumisiones fraudulentas, por la "implicación relevante que en ellas tiene el *fraus legi*", concepto éste que difiere del *fraus* entendido como daño o perjuicio patrimonial. Concretamente, trata él de estudiar el problema "de los recursos procesales de época clásica contra el fraude que un deudor puede causar a sus acreedores", y de sus transformaciones en época postclásica.

La tesis central del A. consiste en sostener que, en época clásica, existió tan sólo un recurso procesal sancionador del fraude de acreedores: el *interdictum fraudatorium*, en contra de la opinión de Lenel, hoy generalizada, de que junto a ese interdicto habría existido una *restitutio in integrum ob fraudem*, a la cual se referiría D. 42. 8. 1. pr., y en contra de la menos común opinión que afirma la existencia de una clásica acción rescisoria (acción Pauliana). De esta manera, el texto citado no se habría referido ni a la *rest. in integrum* ni a dicha acción, sino que contendría la promesa del interdicto (podemos hablar de un edicto interdictal), y D. 42. 8. 10. pr., respecto del cual usualmente no es discutida su referencia al interdicto, en realidad contendría no el anuncio de aquél sino que su fórmula, ofrecida por el Pretor en virtud de la promesa edictal de D. 42. 8. 1. pr.

Por lo demás, el A., en apoyo de su tesis, observa (p. 74 ss.) que a propósito de todos los interdictos es posible pensar en tal estructura doble de edicto y fórmula; sólo que los compiladores, o bien han conservado únicamente las fórmulas y no los edictos, o bien han ligado o fundido aquéllas con éstos; excepcionalmente, han mantenido también los edictos, como sucede en este caso.

Sobre esta base, y una vez propuesta una reconstrucción del edicto y de la fórmula interdictales (p. 106 ss.), el A. se centra en el análisis de su régimen: actos que autorizan para solicitarlo (p. 111 ss.); sus requisitos y presupuestos (p. 129 ss.: *eventus damni*; p. 134 ss.: *consilium fraudis*; p. 145 ss.: *scientia fraudis*); la legitimación activa y pasiva (p. 152 ss.); el momento, plazo y alcance del interdicto (p. 178 ss.) y su naturaleza (p. 189 ss.). Pero también entra al estudio de los recursos complementarios contra el *fraus* (p. 195 ss.), como la *denegatio actionis ob fraudem* y la *exceptio fraudatorium creditorum*. Todo esto, como digo, constituye el núcleo de la investigación.

Pero se abre la obra con una Introducción (cap. 1), en la que se estudia

el concepto de *fraus* y se delimita el ámbito del trabajo. El cap. II (p. 7 ss.) está dedicado al estudio de la base textual, en donde viene analizada la estructura del título 42. 8 del Digesto, tomando como punto de partida la teoría de las masas, de Bluhme, y, seguidamente, el orden de los títulos xxxviii-xliii del Edicto Perpetuo. Respecto del primer punto, el análisis sirve al A. para no admirarse de que "los compiladores hayan reunido bajo un mismo título textos *ad Edictum* de Ulpiano, de libros tan distantes (66 y 73)", pues lo mismo sucede en otros casos. Respecto del segundo, el A. formula algunas críticas a la ordenación leneliana de los títulos edictales, lo que una vez más demuestra la necesidad de emprender una revisión de esta tan fundamental obra.

El cap. III (p. 15 ss.) está dedicado al problema de los recursos contra el *fraus creditorum*. Un cuidado apartado (p. 15 ss.) se destina al problema de la diversidad terminológica de dichos recursos y sus efectos; en seguida (p. 21 ss.) presenta una completísima reseña del estado de la doctrina, que se remonta a los glosadores; un tercer apartado (p. 47 ss.) está dirigido a la revisión crítica de los distintos recursos que han sido sostenidos por la doctrina, a modo de preparación y prueba negativa, al mismo tiempo, de su tesis de la unicidad, antes expuesta, pero que el A. propone en el cuarto apartado; en el quinto (p. 86 ss.) se expone (cogiendo los resultados generalmente aceptados, pero a título provisorio) el esquema del trámite concursal clásico, y en el sexto (p. 97 ss.) se examina la *actio in factum* del *missus in bona debitoris*.

Ya se ha dado cuenta del capítulo IV, dedicado al régimen del interdicto y del V, a los recursos complementarios del interdicto. Un cap. VI contiene las Conclusiones. Cierra la obra un Índice de Fuentes. Índice General, al principio.

Aparte la tesis central ya reseñada, especial mención merecen las opiniones del A. en torno a la configuración de los elementos del *fraus*. El *eventus damni* es considerado por él como un elemento objetivo, aunque relativo. La doctrina anterior tiende a vincularlo al *consilium fraudis*, y lo interpreta, o bien como el cese en el pago, o bien como la disminución del activo derivada de un acto del deudor. Para el A., en cambio, el *eventus damni* sólo puede ser conocido luego de la *bonorum venditio*, y está determinado por la sola circunstancia de que los acreedores hayan quedado en definitiva insatisfechos (por lo cual está ligado a la insolvencia patrimonial y no a la mera insolvencia pecuniaria). Es evidente que esta circunstancia depende de muchos factores, como el número de licitadores concurrentes, los derechos de preferencia, etc.

Más interesante es aún su concepto de *consilium fraudis*, elemento éste sumamente discutido, del cual no cabe dudar que, en el Derecho justiniano, se configura como la intención de causar perjuicio a los acreedores. Para el A., este elemento, en el Derecho clásico, es una previsión anterior al acto de disminución patrimonial, que determina dicho acto, y que se presume. No es, por tanto, un elemento volitivo, sino intelectual. Se apoya fundamentalmente en las expresiones con que dicho elemento es designado y en las cuales figura la palabra *causa*, que nunca, en el lenguaje clásico, alude al fin sino que a un acto, hecho o circunstancia anteriores. El interés de este elemento está en que únicamente sirve para delimitar temporalmente, hacia atrás, el momento a partir del cual las enajenaciones pueden revocarse. En relación con la *scientia fraudis*, cree el A. que ella puede considerarse como el conocimiento del fraude por parte del adquirente, entendiendo por fraude aquí, el daño patrimonial a los acreedores,

que comienza con una insolvencia pecuniaria pero que puede devenir en insolvencia patrimonial.

En lo que sigue, queremos ocuparnos de la tesis principal del A., es decir, de que el Derecho clásico conoció tan sólo el interdicto fraudatorio como sanción del *fraus creditorum*.

Francamente, hay que admirarse de que aquello que el A. ha puesto de manifiesto, esto es, que D. 42. 8. 1. pr. y D. 42. 8. 10. pr. no son más que dos formas (edicto y fórmula) de un mismo recurso, no haya sido visto antes. Son demasiados los elementos comunes, abstracta e impersonalmente formulados en el primer texto; concreta y personalmente, en el segundo:

D. 42. 8. 1. pr.	D. 42. 8. 10. pr.
Quae fraudationis causa gesta erunt	Quae... fraudandi causa... fecit
cum eo	(sciente) te
qui fraudem non ignoraverit	sciente (te)
curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit	illis si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esse oportet, ei
intra annum, quo experiundi potestas fuerit	si non plus quam annus est, cum de ea re qua de, agitur, experiundi potestas est
actionem dabo	restituas

Dejamos aparte, en este paralelo, al concreto Lucio Titio (que es típico de fórmulas y no de edictos) de 42. 8. 10. pr., el cual corresponde al implícito y generalizado deudor en D. 42. 8. 1. pr (*quae fraudationis causa gesta erunt*: lo que por causa de fraude se hubiera hecho), y el problema de las interpolaciones.

Así, resulta que para un mismo caso tendríamos una acción (D. 42. 8. 1. pr.) y un interdicto (D. 42. 8. 10. pr.).

Aun cuando los compiladores entendían referirse en D. 42. 8. 10. pr. a la acción rescisoria de D. 42. 8. 1. pr. y, por tanto, pensaban en un único recurso, aún así, consciente o inconscientemente, lo que hicieron fue conservar, en el último texto, un edicto y en D. 42. 8. 10. pr. una fórmula.

Difícilmente ellos iban a crear una fórmula en D. 42. 8. 10. pr., y menos la fórmula de un interdicto, dada su conocida tendencia a reemplazar éstos por acciones, por lo cual tenemos que pensar que el *restituas* (palabra típica de los interdictos restitutorios) es ahí auténtica (todos, por lo demás, así lo piensan, y

no es aquél el único argumento). Justiniano se encontró con esa fórmula y con esa palabra, aunque entendió esta última en sentido distinto al clásico, que era el de *reducere in pristinum statum* (D. 43. 16. 1. 31) o *restitui in pristinam causam* (D. 43. 6. 84); él consideró que restituir era devolver, es decir, lo que sucedía en las acciones rescisorias (sobre esto: p. 83 ss.). Entonces, si D. 42. 8. 10. pr. es la formulación interdictal in concreto de lo anunciado in abstracto en D. 42. 8. 1. pr., no debe dudarse que lo prometido originalmente en este último texto tenía que ser también un interdicto —el fraudatorio— y no una acción rescisoria. *Actionem dabo* reemplaza ahí a *interdicam* (p. 80).

Todo esto parece claro y luminoso. Sin embargo no me parece que el A. rebata con pleno éxito la autoobjeción derivada del hecho que D. 42. 8. 1. pr., que contiene el edicto interdictal, derive del libro 66 *ad Edictum* de Ulpiano, en tanto que D. 42. 8. 10. pr., que contiene la fórmula interdictal, provenga del libro 73 *ad Edictum*, del mismo jurista, lo que revela una distinta posición de edicto y fórmula en el Edicto Perpetuo. Lo lógico habría sido que ambos textos derivasen del mismo libro, es decir, que tanto el edicto como la fórmula hubiesen estado situados inmediata y sucesivamente en el Edicto Perpetuo, en una misma sede.

El A. trae el ejemplo de la *operis novi nuntiatio*, en que algo similar sucedería: en el libro 52 *ad Edictum*, Ulpiano comentaba el edicto; en el libro 71, lo hacía respecto del interdicto, y en el 80, de la *stipulatio*. Pero este ejemplo no sirve, porque Ulpiano, en el libro 52, lo que hacía era comentar la *nuntiatio* (civil), en sí misma, que se presenta como autónoma respecto del interdicto, y no el edicto interdictal de la *operis novi nuntiatio*, que comentaba en el libro 71, y a propósito del cual tenemos su fórmula; hay que pensar, de acuerdo con el mismo A., que también tuvo que existir una cláusula en la cual dicho interdicto era prometido in abstracto, aunque se nos haya perdido. En el libro 80, a su vez, comentaba el jurista la estipulación; pero esa figura también se presenta como autónoma respecto de las dos anteriores. El argumento habría tenido valor si en el libro 52 se comentara o figurara el edicto que anunciaba el interdicto y en el 71 su fórmula; pero, como digo, se trata en ellos de dos materias diferentes.

Esto no significa que, después de todo, no parezca acertada la explicación general del A.: el *edictum tralaticium* se habría basado en un orden sustancial, según el cual, en una misma sede, se habría sistemáticamente colocado los diferentes recursos relativos a una misma institución, que Juliano, al confeccionar el Edicto Perpetuo, habría separado, prefiriendo agruparlos de acuerdo con la naturaleza de cada recurso, aunque la institución central quedara dispersada en sus diferentes aspectos: de esta manera, p. ej., el *edictum tralaticium* contemplaba, en una misma rúbrica, la institución civil de la *nuntiatio*, el interdicto y la estipulación; Juliano separó los tres, para llevar el interdicto junto a los restantes interdictos y la estipulación al lugar de las demás. Esto me parece correcto y explicativo, pero todavía no aclara que, a propósito del fraude, la separación haya sido tan drástica al punto de que lo separado haya sido nada menos que el edicto interdictal de su fórmula. En este caso, quizá, el criterio seguido fue situar el primero en el tit. xli de *curatore bonis dando*, en razón de que el interdicto tenía como legitimado activo al *curator bonorum*, para dejar la fórmula en el tit. xliii de *interdictis*. Este criterio de la legitimación activa me parece que se da también en otros casos, p. ej., en el § 121 del tit. xxii de *administratione tutorum*, en donde se promete la *satisfatio rem*

pupilli salvam fore (Ulp., 35 ed.), en tanto que su fórmula se encuentra en el § 288, del tit. xlv de *stipulationibus praetoriis* (Ulp., 79 ed.); aunque es preciso decir que, en este caso, ello se justifica más ampliamente porque la *satisfactio* era un requisito para que el tutor entrara en la administración, en tanto nada más, aparte la legitimación activa, podemos decir del interdicto fraudatorio que justifique la inclusión de su edicto ahí en donde figura. No se puede, por tanto, ocultar un desasosiego en presencia de esta separación, acerca de la cual creo que convendría un estudio nuevo.

Resulta evidente que lo anterior es una consideración que en nada obsta a algo que debe parecer como adquirido: que D. 42. 8. 1. pr. y D. 42. 8. 10. pr. son el edicto y la fórmula de un mismo recurso, y que este recurso es el interdicto fraudatorio. Esta brillante y sólida monografía así lo ha venido a demostrar.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Univ. Católica de Valparaíso

VALIÑO, Emilio, *Acciones útiles* (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1974), 428 págs.

Publica el catedrático de la Universidad de Valencia, nuestro querido amigo el prof. Valiño, un tercer y voluminoso estudio en tema de acciones, luego de habernos proporcionado *Las acciones "adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en el Derecho romano*, en *An. Hist. Der. Esp.* 37 (1967), p. 339 ss.; 38 (1968), p. 377 ss. y *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1973), 123 págs. El objeto de este libro es, como ya su nombre lo señala, las *acciones útiles*, conducido sobre la base de todos los textos en que la voz figura, suministrados por el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (p. 17), y de otros omitidos ahí, pero recogidos por el propio A. (p. ej., p. 17 n. 1). El estudio es, por tanto, exhaustivo, y de ahí un mérito que lo destaca por sobre los demás existentes dedicados al mismo tema que, de un modo u otro, se han circunscrito excesivamente.

Una *Introducción al tema de las acciones útiles* (p. 17-29) está destinada a exponer el estado de la doctrina (Alibrandi, Wlassak, Keller-Wach, Bortolucci, Collinet, Kaser), y a plantear la tesis que el autor intenta demostrar a través de su estudio, la cual claramente queda sintetizada así (p. 25 s.): "acciones útiles son acciones pretorias con base *in ius*, que se identifican con las llamadas acciones ficticias, salvo en aquellos casos en los que éstas tienen un nombre propio, en los cuales no suelen ser designadas como útiles". Esto quiere significar varias cosas que conviene recalcar: (i) que, con ser pretorias las acciones útiles, nunca el término cubre a los otros dos tipos de acciones de esta naturaleza, a saber, las acciones *in factum* y las acciones con transposición de personas. Con ello, la expresión *actio utilis* viene, dentro de la técnica formularia, a ser sinónima de acción ficticia; (ii) que, ciertamente, existieron acciones útiles (como la *a. Publiciana* o la *a. Serviana del bonorum emptor*) las cuales, siendo ficticias, no solían ser calificadas de *utiles*, precisamente porque ya estaban dotadas de un nombre específico, o porque surgieron antes de la generalizada adopción de aquel adjetivo; (iii) que las acciones básicas, de las cuales se parte como modelo para la configuración de una acción útil, son siempre *in ius* y nunca *in factum*, porque, pretendiendo la ficción remover algún requisito que se presenta como obstáculo para accionar, su uso sólo se justifica cuando ese

requisito está prescrito por el *ius civile*, de modo que cuando el mismo problema surge en relación con acciones *in factum*, el Pretor no necesita acudir a ninguna ficción, bastándole otorgar una nueva fórmula *in factum*. El A. complementa su tesis aceptando que el término *utilis* fue también usado para designar ciertas acciones cognitórias sin carácter ficticio, pues la técnica de la ficción se hallaba estrechamente vinculada al procedimiento formulario.

El grueso del libro se contiene en el capítulo segundo: *Funciones de las acciones útiles* (pp. 33-396). Ahí, los textos están clasificados, no en atención a la acción básica que sirve de modelo a la útil correspondiente (p. ej. acciones útiles a partir de la *reivindicatio*, de la *lex Aquilia*, de la *a. tutelae*, etc.) sino a la función que cumple la a. útil en sí misma considerada, al objetivo que persigue, al requisito civil que se trata de remover a través de la ficción, incorporada la cual en una fórmula determinada, da origen a la a. útil correspondiente. Así, distingue el A. las siguientes funciones: *restitutio in integrum*; extensión de la legitimación; representación; traslado; protección de convenios en favor de terceros; regreso; indemnización al expropiado; persecución del enriquecimiento injusto; restauración de acciones extinguidas o de ejercicio imposible; extensión del ámbito de la acción básica; dispensa de prueba; sustitución de caución no-exigida, no-prestada o insuficiente; y sustitución de interdictos. De todas maneras, el criterio de ordenación según la acción civil básica modelo es, a veces, acogido para la subordenación de textos dentro de cada apartado relativo a la función que cumple la acción modelada.

Un tercer capítulo: *Acciones básicas* (pp. 399-422) viene dedicado al estudio de textos con carácter general, o en donde el adjetivo *utilis* no tiene el sentido técnico de acción pretoria, y de las acciones cognitórias útiles postclásicas. El criterio es aquí partir de la acción básica a la cual se atribuye por los textos ciertas acciones útiles; así en las acciones divisorias, en la *a. mandati* y en la *a. negotiorum gestorum*.

Cierra la obra un Índice de Fuentes. Índice Sistemático y Tabla de Abreviatura, al principio.

La tesis de que las acciones con ficción no eran modelables a partir de acciones *in factum*, y que en su base siempre había una acción *in ius*, me parece irreproachable. Esto también tiene como consecuencia el que nunca una acción con ficción pueda ser considerada *in factum* ella misma, como ha solido hacerse por alguna doctrina. Todo esto, como digo, me parece claro. Pero otra cosa y muy distinta es saber a qué tipo de acciones se daba el calificativo de *utiles*. De acuerdo con el A., esa expresión era sinónima de acción con ficción (dejamos de lado las cognitórias), y nunca designaba a las acciones *in factum*. Pero, a mi modo de ver, no contradiría la tesis del A. en torno a la absoluta independencia entre acciones con ficción y acciones *in factum*, el que también los romanos hubieran llamado *utiles* a ciertas acciones de esta última especie, cuando ellas extendían o completaban las acciones *in ius*, del mismo modo que llamaban *utiles* a las acciones con ficción, porque su misión era ampliar o extender el ámbito de las civiles. Así, *utilis* bien pudo haber sido un término genérico que incluía a todas las acciones con ficción y a ciertas acciones *in factum*, cuya función era idéntica, respecto de las acciones *in ius*. Por lo demás, esta es la idea que subyace en el uso justiniano de *utilis* para referirse a algunas acciones *in factum*.

Que, sin embargo, yo sienta inclinación por la tesis del A., en el sentido de identificar la expresión *acciones utiles* con las acciones con ficción, exclu-

yendo de la denominación a las acciones *in factum* se debe a las siguientes razones: (i) el término *utilis* coincide perfectamente con la función que cumplían las acciones con ficción, de extender una solución civil a otro supuesto, pero no calza con la función de todas las acciones *in factum*, sino tan sólo con la de aquellas que extendían o ampliaban el ámbito de las acciones *in ius*; bien sabemos que la mayoría de las acciones *in factum* se construían sobre la base de supuestos nuevos, sin precedente civil. Así, aunque *utilis* lingüísticamente no significa "con ficción", describe adecuadamente el objetivo de las acciones que la contenían: (ii) no había otro término técnico para designar las acciones con ficción, como si lo tenían las acciones *in factum*. *Ficticiae actiones*, en Ulp. 28. 12, es expresión del todo aislada, aparte su figuración en una obra de factura postclásica; desde luego, Gayo no la conoce, ni aparece en el Digesto; tampoco en las *Institutiones*, y en CI. 1. 5. 10, *ficticia* no va en relación con ninguna acción. De este modo, siendo seguro que *utilis*, al menos también, se utilizaba para nombrar las acciones con ficción, es sumamente verosímil que en realidad el término se usara exclusivamente en relación con ellas, por no haber otro; (iii) como es sabido, los justinianos han sustituido a menudo las acciones útiles por acciones *in factum* (p. ej., cfr. Gai. 3.202 con Inst. 4. 1. 11; Theoph. ad Inst. 1. 24. 2 califica de *in factum* la *actio subsidiaria* en contra de los magistrados municipales, que era útil (D 27. 8. 1. pr.; CI. 5. 75. 1; 5. 75. 5); id. ad Inst. 2. 23. 4; véase, finalmente, la adición de Inst. 4. 3. 16 a Gai. 3. 219, en donde se menciona una *actio in factum*, en tanto Gayo venía hablando de una *actio utilis*). Por otro lado, sabido es también que los justinianos han hecho desaparecer las acciones con ficción, de modo que la expresión *actio utilis*, según sus puntos de vista, ya no podía designar más a las acciones de ese tipo; y si alguna vez esas palabras incluyeron a las acciones *in factum*, entonces no tenían razón para sustituir la expresión *utilis* (= *in factum*, para ellos) por *in factum*; (iv) existen al menos dos textos (Gai. 2. 253; 4. 38) en donde el carácter ficticio de la acción se relaciona con el apelativo de *utilis* dado a aquélla; pero no es posible encontrar ninguno en que lo mismo suceda respecto de las acciones *in factum*. Es seguro que si los justinianos lo hubieran encontrado entre sus fuentes (y no tenemos por qué suponer que, de haber existido una coincidencia entre *actio utilis* y *actio in factum*, no habría habido ningún texto así) lo habrían conservado, dadas sus concepciones sobre la materia.

Así, pues, hay que reiterar la adhesión al aspecto nominalista de la tesis del A., amén de la misma adhesión a su sustancia; pero, nuevamente repito, creo que se trata precisamente de dos aspectos distintos. Que una acción con ficción nunca se basa en una acción *in factum* ni es *in factum* ella misma, resulta lo más seguro; que las acciones con ficción hayan sido llamadas *utiles*, y únicamente ellas, con exclusión de las acciones *in factum*, solo me parece lo más verosímil, según lo argumentado.

En relación con ese primer aspecto, quisiera, sin embargo, insistir.

A mi modo de ver, la ficción, en el Derecho romano, sólo podía referirse a un elemento jurídico (calidades, situaciones, modos de ser jurídicos) o a relaciones de medida que, por convencionales, pueden ser manejadas por la voluntad humana (como la medida temporal); con esto quiero decir que no era posible fingir hechos (conductas, sucesos, acaecimientos, esencias fácticas). La voluntad imperativa, de la que en definitiva depende la ficción (como lo ha demostrado GARCÍA-GARRIDO, en *AHDE*. 37 (1967) pp. 1 ss.), puede disponer que un esclavo se tenga por libre o que un no-heredero por heredero,

pero no que un ave por perro o que un muerto por vivo. Esta tesis, que, de todos modos, debe considerarse provisoria, me parece que sirve de confirmación y complemento a la del A.: si aquéllo era así, entonces tenía que resultar impropcedente crear acciones con ficción a partir de acciones cuya estructura estaba dada por la simple conjunción formularia de una serie de hechos a los cuales se les extraía consecuencias jurídicas en virtud de la orden del pretor; pero bien se justificaban las ficciones para extender aquellas otras acciones cuya base no eran hechos, sino relaciones jurídicas creadas por el *ius civile*.

Conviene recordar rápidamente las principales ficciones del Derecho romano clásico: (i) ficción de ser alguien heredero (Gai. 4. 34, 35; Ulp. 28. 12); (ii) ficción de haber poseído alguien algo por un año, en la acción Publiciana (Gai. 4. 36; nótese que lo fingido no es el hecho de la posesión sino el transcurso del plazo. Gayo, sin embargo, dice que *usucapio fingitur* y que *fingitur rem usucepisse*, en tanto que la fórmula decía: *si...anno possedisset*; es decir, el jurista dice que se finje un elemento jurídico, aunque realmente el pretor finjía una medida de tiempo); (iii) ficción de ser un peregrino ciudadano romano (Gai. 4. 37); (iv) ficción de no haber habido *capitis deminutio* (Gai. 4. 38; D. 4. 5. 2. 1: a propósito de este último texto, no debe engañar la ficción *quasi id factum non sit*, que está referida a la calidad jurídica de la *capitis deminutio*); (v) *fictio legis Corneliae* (D. 28. 1. 12; 35. 2. 1. 1; cfr. Ulp. 23. 5; D. 38. 2. 4. 1; 38. 16. 1. pr.; 41. 3. 15. pr.; 49. 15. 22 pr.), de la cual hay dos formulaciones jurisprudenciales: *ac si hi... in hostium potestatem non pervenissent-atque si in civitate decessissent*. De acuerdo con la primera, se finje la no potestad de los enemigos (no se finje el hecho de no haber caído alguien en manos de los enemigos); de acuerdo con la segunda, se finje la ciudadanía. La formulación de D. 49. 15. 18, en donde se dice que quien no regresa desde el enemigo, parece haber muerto cuando fue capturado, es un principio jurisprudencial y no una ficción, basado en la norma que la *lex Cornelia* había sentado; (vi) ficción de ser libre un esclavo (LENEL, *EP.*³ § 264). Por otra parte, lo que Gai. 4. 32 llama ficción, a mi modo de ver no lo es. Ahí se dice que un deudor debe ser condenado a tanto cuanto debería pagar para rescatar una prenda, si una prenda le hubiese sido cogida (*si pignus captum esset*). Evidentemente, se trata de un mero criterio cuantitativo de referencia, no de una ficción de haberse cogido la prenda.

Como consecuencia de todo lo dicho, parece necesario revisar, a título ejemplar, algunos textos estudiados por el A.

P.43: D. 27. 6. 12 (Ulp., 1 *resp.*): *Ex eo, quod interrogatus tutorem se esse respondit, nulla eum actione teneri: si tamen, cum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adulescentem induxit, utilem actionem adversus eum dandam*. La situación de hecho era ésta: un joven acciona contra un impuber, en sustitución del cual, como gestor, se presenta un individuo que afirma ser el tutor en respuesta a la *interrogatio* del actor. El texto, en su primera parte, afirma, en general, que ante una tal respuesta no se da ninguna acción en contra del respondiente; en la segunda, que si con tal respuesta se causó perjuicio al joven, porque el respondiente no era tutor, entonces en contra suya debe darse una acción útil.

Que el respondiente actúa como gestor se deja ver, porque si hubiese dado la *auctoritas* le habría sido aplicable el edicto *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* y habría quedado sujeto a la *actio in factum* prevista en ese edicto (LENEL, *EP.*³ § 43), por lo cual Ulpiano no habría afirmado que

nulla eum actione teneri, ni, finalmente, habría sido necesario recurrir a una *actio utilis*. Es precisamente su calidad de *gestor* y no de *auctor* la que excluye la aplicación de dicho edicto, que rezaba así: *Quod eo auctore, qui tutor non fuerit... si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem*. En una segunda cláusula: *In eum qui tutor non esset, dolo malo auctor falsus esse dicetur, iudicium dabo...*

Aunque el texto no lo dice, y como bien supone el A., aquí había operado una *restitutio in integrum ex lege Laetoria* (no, naturalmente, la *rest. in integrum* prevista por el edicto *quod eo auctore*) en favor del joven. Pero el A. supone que la acción útil de que se habla en el texto es la acción necesaria para llevar a la práctica la *restitutio*, la cual, en su opinión, no se concede al joven en contra del pupilo sino a aquél en contra del tutor falso.

A mi modo de ver, la restitución (de la cual, repito, no se habla en el texto, pero que hay que suponer, al menos como procedente) seguiría su curso normal de otorgar al *adulescens* una acción útil *rescissa litiscontestatione* en contra del pupilo. La acción útil del texto que se da en contra del falso tutor (*in eum*) pretende sustituir la acción *in factum* del edicto *quod eo auctore*, procedente en contra del que actuó como *auctor* sin ser tutor, pero improcedente en este caso, porque el falso tutor no había actuado como *auctor* sino como *gestor*. Por tanto, no es necesario aquí fingir nada (*si auctor fuisset*) y bastaba una nueva fórmula *in factum* del tipo *si, cum tutor non esset, gestor factus esset*. Esta acción "útil" del texto no es, en consecuencia con ficción sino *in factum*, y *utilem*, ahí, debe de estar interpolada, según el conocido criterio justinianeo.

Naturalmente, esta acción era procedente no sólo cuando había un *adulescens*, sino que en todo caso en que la gestión de un falso tutor perjudicara a otro; pero la presencia del *adulescens*, en este texto, puede explicarse por la circunstancia de pertenecer él a un *liber responsorum*: se trataría de un caso tomado por Ulpiano de la vida real.

P. 53: D. 46. 3. 96. 1 (Pap., 2 resp.): *Cum pupilla magistratui, qui per fraudem pupillo tutorem dedit, heres extitisset, tutores eius cum adolescente transegerunt: eam transactionem pupilla ratam habere noluit: nihilo minus erit tutorum pecunia liberata nec tutores contra adolescentem actionem nec utilem habebunt, qui suum recipiavit. Plane si adulescens pecuniam restituere tutori pupillae maluerit, rescisso quod gestum est actionem utilem in pupillam heredem magistratus accipiet*. El problema es aquí la acción básica de la que parte la acción útil de que se habla en la segunda parte del texto.

Con motivo del fraude del magistrado en el nombramiento de tutor, el pupilo de éste tenía una acción en contra del primero, que pasivamente se transmite a la pupila, y sobre la cual los tutores de ésta transigen con el expupilo, ahora adolescente, aunque esa transacción no es ratificada por la pupila heredera. El texto menciona una acción útil dos veces, y son dos acciones distintas: la primera, que se niega (*actionem nec utilem habebunt*), se refiere a una posible demanda motivada por la no-ratificación de la pupila para obtener la devolución de lo dado por los tutores a título de indemnización (*condictio indebiti utilis*); la segunda, que se afirma, nace del hecho de que el pupilo opte por restituir lo recibido, de modo que éste adquiera una acción útil en contra de la pupila heredera como contrapartida de dicha devolución. El A. piensa que, en ese caso, la acción básica es la *actio subsidiaria*, pero hay que tener presente esto: dicha acción era ciertamente útil (D. 27. 8. 1. pr.; Cf. 5. 75. 1; 5. 75. 5), es decir ficticia, que se daba en contra del magistrado municipal que

había designado al tutor no habiéndole exigido la *satisfatio rem pupilli salvam fore* o si ésta, exigida, había resultado luego insuficiente, como claramente se deduce, entre otros, de Inst. 1. 24. 2; D. 27. 8. 1. 11, 12, 17; Cl. 5. 75. 1; 5. 75. 3; 5. 75. 5.

Sin embargo, frente a estos dos supuestos principales, hay otros, respecto de los cuales una acción ficticia no parece congruente: D. 27. 8. 1. 2, 3 (engaño en la *inquisitio*); 27. 8. 1. 6 (no-nombramiento de tutor); 27. 8. 1. 7 (dilación del nombramiento); 27. 8. 1. 8 (en contra del *electus ad aestimandas tutorum satisfationis*). A mí me parece, en principio, que en el atormentado fragmento 1 de D. 27. 8 hay fundidos en uno dos comentarios a dos acciones diferentes: la *actio utilis*, para el caso de omisión de *satisfatio* o de *satisfatio* insuficiente, y una *actio in factum*, para el caso de dolosa omisión de los demás deberes del magistrado y otras personas, en relación con el nombramiento de tutor. Si nosotros observamos el resto de los fragmentos del título 27. 8 y Cl. 5. 75, veremos que siempre se discurre sobre la base del primer supuesto; así, Justiniano habría suprimido la *actio in factum* y trasladado sus supuestos a la *actio utilis*; de la primera nos queda un recuerdo confuso en Theoph. ad Inst. 1. 24. 2, en donde la *actio subsidiaria* es calificada de *in factum*. Naturalmente, esto que planteo es una hipótesis, pero se recordará que, con olvido de los textos en donde la acción subsidiaria es considerada *utilis*, la doctrina mayoritaria ha seguido el parecer de LENEL (EP.³ § 127), de que ella era *in factum*.

En nuestro fragmento de D. 46. 3. 96. 1 se trata de un magistrado que había designado tutor *per fraudem*, lo que parece más propio de la acción *in factum*; la segunda acción útil que allí se menciona estaría, por tanto, interpolada, de acuerdo con el mismo principio que antes expuse; y se notará que en la segunda parte del texto (*plane-fin*) se discurre sobre la base de un tutor (se dice *tutori* en vez de *tutoribus*), en tanto que la primera trata el caso sobre la base de *tutores*. Por lo demás, vid. *Ind. Interp.* ad leg.

P. 317: D. 9. 1. 4 (Paul., 22 ed.): *Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperium fecit*. Efectivamente, como dice el A., la ficción *si quadrupes fecisset* parece pueril, pero además estaría en contra el presupuesto de que en torno a hechos no podía haber ficción: el pretor no podía ordenar tener, p. ej., a un ave por cuadrúpedo, a fin de hacer procedente la *actio de pauperie* por daños causados por cuadrúpedos cuando el daño había sido causado por uno de clase diferente.

A mi modo de ver, la ficción aquí no se refería a la calidad del animal sino que a otro aspecto —jurídico— que desconocemos; la fórmula útil, referida a dicho aspecto, era posible, como dice el texto, no sólo si de un cuadrúpedo se trataba sino que también si de otro animal distinto, porque, seguramente, la *intentio* no se circunscribía. Me baso en el *et* (también) que figura entre *competit* y *si non*; el jurista venía hablando de esta acción útil, quizá extensamente, pero nada de ello fue conservado por los compiladores; en un momento determinado afirmaba que “también” esa acción compete cuando se trataba de un animal distinto a un cuadrúpedo; este texto es, por tanto, parte de uno mayor no conservado, y no estamos autorizados para suponer que la ficción se refería a la calidad del animal.

Con estas observaciones he pretendido reafirmar la tesis del A., y no creo que valga la pena continuar analizando los textos por él estudiados, respecto de los cuales generalmente lo hace con brillantez, y en donde sólo me pueden caer —en los menos— divergencias de detalle. Debo hacer presente que se nota en el

A. una suerte de reticencia a la aceptación de interpolaciones, en lo cual se observa la influencia de nuestro común y querido Maestro, el prof. Alvaro d'Ors, de quien hemos aprendido que, metodológicamente, la solución interpolacionística suele ser una última *ratio*, a la cual a veces se llega como primera por comodidad o falta de inteligencia de los textos. Esta actitud, que no pretende volver a métodos armonísticos ya abandonados, sino que es el resultado de la experiencia y de la prudencia científica, me parece que es ciertamente la más adecuada.

En suma, no hay que escatimar elogios a este libro importantísimo, desde hoy, punto de partida y de llegada necesarios para todo estudio del tema que aborda.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Univ. Católica de Valparaíso

B. RESEÑAS

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*. (reimp. anastática de la 14a. ed.: Jovene, Napoli 1974), xv + 605 págs.

La reimpresión de un Manual, ya con caracteres de clásico, como éste, es siempre causa de satisfacción. La ilustre Casa Jovene, de Nápoles, continúa así en su ya añosa tradición de estar al servicio de los estudios jurídicos, en lo cual, por lo demás, no se encuentra aislada; editoriales, tan ilustres como ella, p. ej., Giuffré, de Milán, o Giappicchelli, de Turín, dedican buena parte de sus catálogos a obras jurídicas, en general, y romanísticas, en especial; ejemplos estos que no está demás citar aquí, porque en nuestro país no puede decirse otro tanto.

En 17 capítulos, este Manual expone las Instituciones del Derecho privado, siguiendo una sistemática tradicional que agrupa la materia en propiedad y otros derechos sobre cosas, obligaciones, relaciones jurídicas de familia y sucesiones y donaciones; pero antepone una parte general relativa al Derecho y sus divisiones, a los sujetos del Derecho, al negocio jurídico y al proceso privado.

En relación con esto último, el autor tiene plena conciencia de lo alejado que la mayoría de los conceptos que sirven para la ordenación del material están del genuino pensamiento romano; p. ej., a propósito de la distinción entre sentido objetivo y subjetivo de la palabra derecho; o del negocio jurídico; o, en fin, de los sujetos del Derecho (aunque esto último ya puede verse insinuado en Gayo). Pero, incluso, hay que recordar que la idea misma de parte general en la exposición del Derecho es más bien extraña a ese pensamiento.

Todos estos conceptos, en fin de cuentas, resultan usados aquí con parsimonia y prudencia; pero es propicio el momento para salir al paso de aquella tendencia tan difundida en América, que por considerar al Derecho romano como propedéutico al Derecho civil, suele trasladar indiscriminadamente las categorías modernas a la realidad romana, con lo cual, si no yerro, la asignatura de Derecho romano resulta demás, cuando lo importante es precisamente que el alumno, al estudiar Derecho civil, esté en condiciones de valorar las profundas diferencias de método, sistemática y contenido que en buena parte separan a éste de aquél.

A. G.

El Digesto de Justiniano, versión castellana por A. d'Ors, F. Fernández-Tejero, P. Fuentesecca, M. García-Garrido y J. Burillo, (Editorial Aranzadi, Pamplona 1975), Tomo III, 883 págs.

Con la publicación del tercer tomo de la traducción castellana del Digesto (libros 37 a 50), aparecida durante el presente año 1975, a cargo de los romanistas españoles d'Ors, Hernández-Tejero, Fuentesecca, García-Garrido y Burillo, se ha finalizado este descollante trabajo que permite contar con una nueva versión vernácula del principal texto de la compilación justinianeana.

Las anteriores traducciones a nuestro idioma que conocemos, y que representaron ingentes esfuerzos en su tiempo, entre las que destacan las de Rodríguez de Fonseca y García del Corral —ambas de la segunda mitad del siglo pasado—, se ven enormemente superadas ahora por esta que reseñamos. Dicha traducción ofrece una versión de gran fidelidad tanto en la inteligencia conceptual como terminológica de los fragmentos que componen el Digesto, y se efectúa sobre el texto latino de Mommsen, revisado por Krüger (decimosexta edición reproducida, de la Casa Weidmann, 1954), indicándose, a diferencia de éste, al final de cada fragmento y no al inicio del mismo, el nombre del autor y libro de donde procede. Se observa con frecuencia aclaraciones de los traductores para la mejor comprensión de los pasajes, que van señalados entre corchetes agudos. Puesto que aquéllas no forman parte del original, debe cuidarse, especialmente el alumno, de creer que se trata de interpolaciones, las cuales, en la edición latina base de la traducción, suelen señalarse entre corchetes agudos elevados. Se prescinde, en cambio, de toda referencia relativa al aparato crítico.

La doble calidad de juristas y romanistas que reúnen cada uno de los miembros del equipo de profesores hispanos que abordaron esta obra que hoy culmina, a la cual se une la de filólogo del director y coordinador del mismo, Alvaro d'Ors, permite garantizar la presentación de un trabajo de alto rigor científico y técnico. En ella se recogen, además, y en cuanto atingentes a la naturaleza del trabajo, los prolíficos resultados de la investigación romanística en lo que va corrido de este siglo, en orden a la fijación del sentido más auténtico del texto.

Esta labor viene a llenar una apremiante necesidad ante la crisis actual del saber de la lengua latina, cuyo desconocimiento a raíz de una hedonística concepción pragmática y vulgarizante, ha comprometido importantes aspectos de los estudios humanísticos. Esta traducción del Digesto está destinada, principalmente, al jurista y civilista en general que desconocen el latín, pero que por razón de su oficio requieren del permanente contacto con esta sede, que constituye la más destacada fuente de la tradición jurídica occidental. No es ésta, en cambio, una labor destinada para especialistas en Derecho romano, quienes no pueden prescindir de la utilización de la obra latina, que cuenta además con el aparato crítico y las indicaciones necesarias para el empleo de los instrumentos auxiliares de investigación; pero aun para éstos puede resultar de provecho, en la medida en que la traducción envuelve una interpretación del texto, que puede ser conveniente valorar.

D'ORS, Alvaro, *Elementos de Derecho privado romano* (2da. edic., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1975), 267 págs.

Con posterioridad a la aparición de la 2da. edición del *Derecho romano privado* (1973) vuelven a salir estos *Elementos*, cuya primera edición (1960) ha sido la base para la primera edición de aquella otra obra (1968). Aunque no corresponda a la cronología, los *Elementos* vienen a ser como una "editio minor" del DPR., condensada y sin notas ni aparato bibliográfico.

Esta segunda edición mantiene la estructura de la primera, y naturalmente se observan varias modificaciones de fondo en el contenido de la exposición, algunas ampliaciones y la supresión del apéndice sobre la evolución postclásica de las fuentes de las obligaciones, que se acompañaba a la primera edición.

Sigue siendo admirable en este libro la equilibrada síntesis de las instituciones del Derecho privado romano, del procedimiento y de las fuentes del Derecho que contiene. Difícilmente, me parece, puede lograrse incluir tanta sustancia —y tan bien expresada— en tan relativamente pocas páginas. Es por ello que esta obra, aparte la función pedagógica de todo manual, cumple la de servir de ejercicio para la inteligencia del alumno; el necesario esfuerzo que le exige la lectura del texto —esfuerzo éste que el A. busca producir conscientemente— obliga al estudio reflexivo y redonda, en definitiva, en una mayor comprensión de los temas. En contra de lo que ordinariamente se cree, la pedagogía no va imprescindiblemente ligada a la facilidad, que evita todo esfuerzo de comprensión por parte del alumno, lo que no excluye, por cierto, la claridad. Toda ciencia tiene sus dificultades, y presentar lo difícil como fácil, generalmente es producto de una previa desnaturalización de la noción que se intenta presentar, eso que se llama trivialización.

Un manual así, que obliga al estudio activo y no meramente receptivo por parte del alumno, constituye también un instrumento muy dinámico para el profesor en cuanto le proporciona la oportunidad de centrar su clase precisamente en los puntos que la experiencia de cada curso le haga aparecer como más requeridos de aclaraciones. Como bien expresa el A. (p. 7), la docencia se convierte así en una explicación y deja de ser una mera repetición de lo dicho en el manual. El viene a ser, de esta manera, un instrumento de conversación académica entre profesor y alumnos, del que éstos extraen sus preguntas y aquél el punto de partida de sus explicaciones; es propiamente una fuente, una fuente para el estudio. Porque jamás debemos olvidar que el estudio del Derecho sigue siendo un estudio de libros, esto que los juristas hacen todos los días y a cada instante, aun cuando muchos de ellos, que en su vida profesional y académica los utilizan (y no puede ser de otra manera), proclamen la teoría de que el Derecho es estudio de hechos... ¡para luego volver a sus libros!

A. G.

FREZZA, Paolo, *Corso di storia del diritto romano* (3a. ed. revisada: Studium, Roma 1974), 579 págs.

Este libro del profesor de Storia del Diritto Romano, de la Universidad de Florencia, Paolo Frezza, está destinado, como el propio autor lo expresa, a los estudiantes; pero es indudable que el especialista del Derecho público romano

encontrará en él valioso material, originales puntos de vista y una visión amplia y comprensiva del tema, avalada por el profundo conocimiento que de él tiene el autor y por sus propios aportes.

Para la cátedra de Derecho Romano de Valparaíso (en donde el Derecho público y las Fuentes forman parte del programa único, junto con las Instituciones), este libro tiene una singular importancia: se expone ahí de manera separada el Derecho Público de las Fuentes del Derecho, como en esa cátedra se viene haciendo desde 1967. No es ésto lo usual en las exposiciones sobre Historia del Derecho Romano, ya que, por lo común, las Fuentes suelen ser tratadas concordantemente con el Derecho público, según los períodos. Pero no parece que tal método sea superior al de separar ambas materias, si atendemos a un criterio pedagógico, según el cual resulta que es distinto lo que se trata de representar en la mente del estudiante con la exposición del Derecho público de aquello que se trata de representarle con la de las Fuentes del Derecho, aunque es obvio que esta última materia no se comprende sin la primera. El Derecho público tiene autonomía, desde ese punto de vista, en cuanto con él se trata de presentar la evolución de las formas políticas; con las Fuentes, en cambio, de lo que se trata es de mostrar, si no me equivoco, la independencia del Derecho privado de esas formas políticas, desde los orígenes hasta mediados del Principado, y su progresiva "politización" desde esta última época hasta el fin, con todas las consecuencias que uno y otro fenómenos han traído aparejadas. Pareciera que esta perspectiva resulta más claramente visible como efecto de la separación de las materias en la exposición.

A. G.

GUZMÁN, Alejandro, *Caución tutelar en derecho romano*. (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1974), 329 págs.

Esta obra es parte de la tesis realizada por el A. bajo la dirección de A. d'Ors, con la cual obtuvo su doctorado en la Universidad de Navarra, en el año 1974. El resto de este trabajo aparece ya anunciado en prensa en los catálogos de la misma editorial.

La riqueza y densidad de los problemas aquí considerados se refleja de entrada en el índice sistemático del libro, y la lectura de su contenido corrobora totalmente esta primera impresión. Cierra la obra un índice de fuentes citadas.

En la Introducción (p. 19 s.), delimita el A. el campo de su investigación a lo que denomina problemas externos de la *satisfatio rem pupilli salvam fore*, entendiendo por tales los referidos "a las relaciones de cada tipo de tutela frente a la obligación de *satisfare*; al fundamento de tal obligación; a sus orígenes y época de aparición; al tratamiento que la jurisprudencia daba al tema; a sus vinculaciones generales con la administración tutelar, etc.". El A. plantea su obra como una revisión de problemas ya tratados por la doctrina romanística, en atención a que las soluciones dadas por ella (prácticamente aceptadas a partir del último que las formulara, es decir, S. Solazzi, en su obra *Istituti tutelari*, del año 1929) ya no satisfacen las exigencias del estado actual de la investigación. Como veremos, los resultados a que llega el A. son verdaderamente renovadores.

El punto de partida del análisis es la toma de posiciones, con nuevos argu-

mentos, frente al problema de si la exigencia de caución estaba expresamente prometida en alguna cláusula edictal (cap. i), para luego abordar la situación de cada tipo de tutela frente a esta exigencia: la testamentaria (cap. ii); la que denomina magistratual (con neologismo bien construido, de *magistratus-us*), aunque, en este caso, analizando previamente el problema de la *inquisitio* (cap. iii), y distinguiendo entre *satisfatio* en el derecho clásico (cap. iv) y en el justiniano (cap. vi); la tutela confirmada (cap. v) (la inserción de este tema entre los dos anteriores se explica por razones sistemáticas), y la tutela legítima (cap. vii). El tema siguiente es el de la afirmada cláusula *de provocatione* (cap. ix), pero, previamente, se aboca al estudio de la cláusula si *parens destinaverit* (cap. viii), que aparece como presupuesto del anterior. Seguidamente, trata de los distintos tipos de tutela, pero esta vez frente a las últimas cláusulas citadas (cap. x). Dedicar un capítulo completo al estudio de las relaciones entre la cesión de la gerencia tutelar y la *satisfatio* (cap. xi), y continúa con el estudio en el Derecho justinianeo de la *provocatio ad satisfactionem* (cap. xii). Prosigue con el análisis del comentario de Ulpiano al edicto de *administratione tutorum* (cap. xiii), y finaliza con el origen de la *satisfatio* (cap. xiv) y dos párrafos dedicados a las Conclusiones. Es ésta una sistemática muy bien trabada y de lógico desarrollo, según las exigencias del tratamiento de los problemas, puesto que la solución dada a unos sirve de presupuesto para el estudio de los que siguen.

El problema de la vigencia de una disposición edictal sobre la *satisfatio* es resuelto positivamente por el A. Según él, habría existido una tal cláusula referida a los tutores a *magistratibus dati*, lo que deduce de la exégesis de D. 26. 4. 5. 1: *sed etiam hos cogi satisfacere*, texto que, en relación a los tutores legítimos, no tendría explicación, si Ulpiano antes no hubiera comentado una cláusula como la indicada, ya que en el pr. del mismo texto había indicado: *legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*. Es decir, que los tutores legítimos, pese a no ser *dati*, debían dar caución. Otros argumentos, de orden general, corroboran, en opinión del A., esta tesis. En realidad, no parece que haya podido ser de otra forma, ya que resulta difícil aceptar un silencio del Edicto acerca de esta materia, pues es evidente que todo el comentario de Ulpiano dependería de una disposición suya referida a la caución.

El capítulo dedicado a la *satisfatio* en la tutela testamentaria se limita a consignar un dato pacífico como es el de que sus detentadores no estaban sujetos a la caución, lo que permite al A. la crítica de algunos textos referidos a esta tutela, en que aparece la idea opuesta.

Dos extensos capítulos son dedicados al estudio de la caución en la tutela magistratual. En el primero analiza la institución de la *inquisitio*, en el que llega a resultados verdaderamente clarificadores frente a tan obstrusa materia: la *inquisitio* habría sido un trámite inherente a toda *datio* y a cierto tipo de confirmaciones de tutor (de aquél dado irregularmente por el padre), sin haber existido la distinción, insinuada en algunas fuentes, entre tutores *ex inquisitione dati* y tutores *sine inquisitione dati*. Esta separación habría sido introducida por Justiniano, como se desprende muy claramente del análisis de algunas fuentes. Con esto, la doctrina tradicional que veía en esta distinción, considerada clásica, la base para determinar si un tutor magistratual quedaba o no obligado a dar caución, debe ceder ante otra propuesta por el mismo A.: para el Derecho clásico, todo tutor magistratual tenía dicha obligación, y ello es congruente con la tesis de la existencia de una cláusula edictal sobre la caución referida a los tutores a *magistratibus dati*. Justiniano habría distinguido entre tutores dados por magis-

trados municipales y aquellos otros designados por magistrados no-municipales; sólo los primeros habrían quedado obligados a dar caución, precisamente porque a ellos refirió él su categoría de *sine inquisitione dati*, en tanto los segundos habrían quedado exonerados del deber, porque eran *ex inquisitione dati*. Era la *inquisitio*, como indagación de idoneidad, lo que permitía que en un caso no se impusiera, y en otro —al contrario por faltar—, quedara establecida como norma constante.

También en materia de tutela legítima, el A. se limita a reafirmar las tesis tradicionales en torno al problema de la *satisfatio*; puesto que esta tutela permaneció como un cargo voluntario durante toda la época clásica, la caución no pudo funcionar ahí como coactiva; pero los textos que afirman su existencia, ya en dicha época, deben ser interpretados en el sentido de que el magistrado la imponía como condición para la asunción de cargo, con lo cual la voluntariedad quedaba todavía salvaguardada.

Sutil y penetrante es la crítica que el A. plantea en torno al edicto de *provocatione*. Exponer sus argumentos, de orden exegetico, histórico y lógico, sería alargar demasiado esta reseña. Baste señalar que, por diversos caminos, llega el A. a la conclusión de que un edicto así no existió en el Derecho clásico. Tesis ésta que se complementa, como es natural, con la del origen justiniano de la institución, sólo que ella habría tenido un precedente clásico en el sistema caucional aplicable por la praxis del pretor a la pluralidad de tutores legítimos. Cuando esta tutela llegó a ser un cargo obligatorio, tal sistema ya no pudo funcionar como voluntario, siendo entonces trasladado por Justiniano a la tutela testamentaria, en donde el postulado de la no-obligatoriedad de la caución había permanecido; ambos principios, el de que los tutores testamentarios no estaban obligados a caucionar y de que, habiendo varios, si uno ofrecía caución, ese llevaba toda gerencia, eran perfectamente compatibles. De ahí que, en las fuentes, la *provocatio* aparezca referida a dichos tutores (igual que a los *ex inquisitione dati* del Derecho justiniano, que no tenían obligación de dar caución, como se dijo). Un segundo precedente de este sistema habría sido la práctica clásica de ceder la gerencia tutelar previa *satisfatio*, con la cual el cedente quedaba resguardado en su responsabilidad frente al pupilo. El Derecho justiniano habría impuesto una responsabilidad subsidiaria a los llamados tutores *non gerentes*, en oposición al principio clásico; de ahí entonces que la *satisfatio*, que derivaba del edicto de *provocatione*, sirviera, precisamente, para que estos tutores que entregaban la gerencia al que ofrecía caución, quedasen, al mismo tiempo, resguardados en su eventual responsabilidad.

Un capítulo dedicado al comentario de Ulpiano al edicto de *administratione tutorum*, resume, palingénicamente, los resultados críticos alcanzados por el A. en su estudio anterior. Cierra la obra el capítulo dedicado al estudio del origen de la caución tutelar, que el A. estima republicano y propiamente edictal, en base a diversos argumentos de orden exegetico e histórico.

Un examen de conjunto de esta sugestiva obra conduce a un juicio enormemente favorable. El A. ha manejado con maestría el método histórico-crítico, que lo ha conducido por un lado, a una crítica demoledora de diversos textos, pero también, a la salvación de otros, considerados por varios autores como interpolados; valga, como ejemplo, el sugerente e interesante análisis de los vocablos *testamentarius-testamentaria* y *ex inquisitione*, que, considerados espurios por algunos, son estimados auténticos en el lenguaje de Ulpiano, aunque con significado diverso al que hasta ahora habíamos encontrado en la doctrina común.

El A., sin duda, ha cumplido su propósito de revisar completamente el problema de la caución tutelar; y de ella ha llegado a resultados que de ahora en adelante no podremos dejar de considerar —y a lo mejor como definitivos—, si no fuera riesgoso hablar así en el ámbito científico.

I. M.

SAMPER, Francisco, *Derecho Romano* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975), 373 págs.

Esta obra va fundamentalmente destinada al alumno de Derecho Romano, para quien ofrece una visión lejana de la que proporcionan los textos hasta ahora utilizados para la preparación del ramo en las Facultades de Derecho chilenas. Rompe el A. el arraigado objetivo de presentar el curso como propedéutico del Derecho civil, error que se arrastra desde hace tiempo en nuestra docencia universitaria, pero injustificado hoy frente a los resultados de la labor crítica en el ámbito romanístico. Como es sabido, el contenido de la Civilística entronca en mayor medida con el espíritu de los compiladores bizantinos, la recepción romanista y el pandectismo decimonónico; en cambio, al acentuar, como lo hace el A., su enfoque hacia el período clásico, permite abrir un fecundo cauce de conocimiento que puede servir tanto de antecedente, como al mismo tiempo de parangón con la Civilística moderna.

Si bien con ligeras variantes, la temática del libro obedece a la división tradicional de materias —fuentes, acciones, bienes, familia-herencia y obligaciones—, cede a un nuevo enfoque de enseñanza, donde su exposición se centra en el período clásico, el que representa la cumbre de la creación jurídica romana, y sólo incidentalmente analiza el precedente preclásico y la posterior desvirtuación justiniana, momentos polares que carecen de importancia en la formación romanística del futuro jurista.

A través de las páginas del libro, no resulta difícil advertir la huella que ha dejado en el A. las ideas de su maestro, Alvaro d'Ors, muchas de las cuales acoge. En esta forma, se van dibujando un cúmulo de nociones que han llegado a constituir un tópico en la visión romanística de aquél, donde es posible señalar las siguientes, sólo a modo de ejemplo: (i) la inexistencia del concepto de Estado en Roma clásica, al mismo tiempo que la consideración eminentemente personal de las nociones de *civitas*, *provincia* e *imperium*; (ii) el Derecho público y privado, como realidades cuyo rasero de distinción no está en la materia que afecta sino en el órgano que lo genera; (iii) la identidad acción-derecho, como elemento medular para la comprensión del Derecho clásico, ajeno a la concepción moderna del derecho subjetivo; (iv) la especificación o *nova species*, como un caso de ocupación en que el nuevo objeto elaborado por el artifice es una *res nullius* de la cual se apodera éste al mismo tiempo que la especifica; (v) la imposibilidad de considerar la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir el dominio; (vi) la distinción entre crédito y contrato, restringiendo esta última categoría a las convenciones sinalagmáticas perfectas sancionadas por acciones de buena fe.

Consecuente con la afirmación en el sentido que la característica más destacada del Derecho romano clásico, sea acaso la absoluta correspondencia entre

acción y derecho —derivado de lo cual el *ius* aparece como una realidad eminentemente judicial—, se estudia el *agere per formulas* no solamente con ocasión del tema de las acciones, sino que vuelve a él, en su referencia concreta a la fórmula, cada vez que analiza las instituciones sustantivas. Es ésta una inteligente manera de conservar vivo a lo largo del texto la idea primaria y fundamental de que en Roma clásica no existe la norma abstracta y previa al proceso, sino que ella se elabora en torno a la contienda misma a través de la redacción de la fórmula procesal. Ello lleva al A. a sustituir la noción de derecho como “facultad” reconocida por la norma, por el de “posición” que ocupan las personas entre sí. Fiel a esta sumisión del derecho a la acción que lo sanciona, se advierte una destacada novedad sistemática, como lo es el tratamiento de la tutela dentro del capítulo de los contratos y no de la familia, debido a que la *actio tutelae*, al igual que las contractuales, es de buena fe, a pesar de no coincidir en su ubicación dentro del Edicto.

Esta obra de Samper contribuye a poner a disposición de nuestros alumnos, un texto que entrega una visión del Derecho romano acorde con la forma mental de los juristas clásicos, unido a su operatividad a través del mecanismo edictal. Frente a él, la labor jurídica de Justiniano —expresión de un desmesurado absolutismo legalista—, es sólo un epígono que cierra una larga y aleccionadora experiencia histórica, la cual, si bien constituye un aporte de enorme virtualidad, representa un contenido cualitativamente inferior a la producción jurisprudencial del período clásico.

I. M.

**2. RECENSIONES Y RESEÑAS
A OBRAS DE HISTORIA DEL DERECHO**

A. RECENSIONES

HEISE GONZALEZ, Julio, *Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925*. Tomo 1. *Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo chileno*. (Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile 1974), 501 págs.

El profesor Heise proporciona con este título un nuevo aporte a la historia constitucional y política de Chile. En esta ocasión se ocupa del periodo parlamentario, pero lo extiende, no como se hace tradicionalmente de 1891 a 1925, sino del comienzo de la primera presidencia de José Joaquín Pérez en 1861 hasta 1925, adelantándose así en treinta años la iniciación de esta etapa de la trayectoria constitucional chilena.

El libro consta de cinco partes. En la primera: *Gestación del gobierno de gabinete* (pp. 11-67), se refiere a los factores que preparan la implantación del parlamentarismo en Chile. Así, en el cap. I *El prestigio de las asambleas legislativas y el constitucionalismo anglo-francés*, examina la importancia que el pensamiento político y los textos constitucionales decimonónicos otorgaron en Chile a la institución parlamentaria, valorización estimativa que el A. atribuye a influencias inglesa y francesa. En el cap. II *La Constitución de 1833 como antecedente del parlamentarismo* analiza las disposiciones fundamentales que, a su juicio, permitieron más adelante interpretar en un sentido parlamentario el régimen político diseñado en 1833. El cap. III *Las enmiendas constitucionales* se destina a pasar revista a las reformas que sufrió la Constitución de 1833 y que, al fortalecer al Congreso Nacional a expensas del Presidente de la República, facilitó el advenimiento del parlamentarismo. Luego, en el cap. IV *Interpretación de algunas normas constitucionales*, menciona las principales dudas interpretativas que suscitó la aplicación del texto constitucional, sin que se vea siempre una relación entre la interpretación aceptada y la implantación del régimen parlamentario. Tal ocurre, p. ej., con la duda que surgió en 1848 acerca de la procedencia de confiar a una persona dos o más ministerios, puesto que se resolviera en uno u otro sentido nada aportaba a favor del parlamentarismo. En el cap. V *Las prácticas parlamentarias*, último de esta primera parte, destaca las interpelaciones y los votos de desconfianza como costumbres que alteraron sustancialmente el régimen político existente en Chile. Desgraciadamente, el análisis de las mismas no alcanza la profundidad necesaria para despejar toda duda sobre la existencia en Chile, antes de 1891, de un régimen parlamentario plenamente arraigado.

La segunda parte tiene por tema *La crisis política de 1891 y el parlamentarismo* (pp. 69-139) y comprende también cinco capítulos. El propósito central es señalar el verdadero significado que tuvieron los acontecimientos vividos en 1891 en Chile, sobre los cuales tanto y tan ligeramente se polemizó en los últimos años. En el cap. I *Acción e ideas políticas de Balmaceda hasta 1890*, expone las ideas políticas del mismo como uno de los principales representantes del liberalismo político, señalando varios pasajes de sus discursos en que acepta el parlamentarismo. El cap. II *El fracaso de una política*, relata los fallidos esfuerzos

de Balmaceda por establecer un régimen presidencial al final de su mandato. El cap. III *Dos leyendas que exigen rectificación*, se dedica a refutar la idea de que Balmaceda fue víctima de una revolución dirigida por el Congreso, ya que él habría sido el culpable de la guerra civil al intentar alterar el ordenamiento constitucional en vigor, y la creencia en una política populista del Presidente derrotado en 1891, que sólo una interpretación política de la historia ha podido sostener. La *Oposición unánime a la postura presidencialista*, tema del cap. IV, destaca los amplios sectores sociales que enfrentaron al Presidente, y en el cap. V, *Se restablece el ordenamiento jurídico parlamentario*, afirma que este régimen político no sufrió después de 1891 otras modificaciones que las derivadas de la desaparición de la intervención electoral del Ejecutivo, puesto que ya estaba establecido con anterioridad en sus rasgos esenciales.

La tercera parte del libro: *El parlamentarismo, modalidad burguesa de vida pública* (pp. 141-190), se aleja bastante de la historia constitucional. Tras enunciar a grandes líneas un concepto de burguesía (pp. 140-141), se ocupa en el cap. I de *El individualismo liberal*, en el cap. II del *Espíritu científico, filosofía y letras*, en el cap. III de *La técnica y la sobreestimación de las riquezas*, y en el cap. IV de *La tradición aristocrática*, como rasgos definitorios de la burguesía, tanto en Europa como en América, para dedicar el cap. V de esta tercera parte a analizar —o más bien construir— *El tipo ejemplar de hombre público* que habría existido en el período parlamentario, señalando como sus características principales la caballerosidad, ponderación, espíritu conciliatorio, autoridad moral, culto del honor y honestidad.

El A. aborda en la cuarta parte el tema *Burguesía y laicismo* (pp. 191-268), exponiendo en el cap. I *Antecedentes* las raíces del llamado laicismo, para enfocar en el cap. II *El período parlamentario y el triunfo del laicismo*, en forma fragmentaria y superficial, las actitudes religiosas de los liberales chilenos y la influencia de la masonería. En el cap. III *El laicismo y el clericalismo como fuerzas políticas*, el más extenso (pp. 206-246) de esta parte del libro, examina la posición política del clero y de los sectores católicos, dedicando un apartado al período de cada uno de los arzobispos de Santiago de la época: Rafael Valentín Valdivieso, Mariano Casanova, Juan Ignacio González Eyzaguirre y Crescente Errázuriz. En los dos últimos capítulos el A. trata dos de los problemas más debatidos de la etapa que estudia. En el cap. IV, bajo el título *El laicismo y la educación pública*, se refiere a la pugna entre las corrientes partidarias del estado docente y de la libertad de enseñanza, y en el cap. V *Aplicación de las leyes sobre matrimonio civil*, a las disputas originadas por el establecimiento de estas leyes y a los problemas suscitados por su posterior aplicación.

La quinta parte, *Importancia histórica del período parlamentario* (pp. 269-455) es, como puede apreciarse, la que ocupa la mayor parte de la obra. Luego de unas breves *Generalidades* (pp. 269-271) en que imputa a las tendencias socializantes y autocráticas que se desarrollan en el siglo XX la crítica negativa que ha sufrido el parlamentarismo, procura valorizar éste presentándolo como "magnífica escuela de civismo para el pueblo chileno" y "como antecedente, como ineludible etapa en el surgimiento de la democracia social" (p. 271).

Al primer objetivo se dedica, como su mismo título lo indica, el cap. I *El parlamentarismo, escuela cívica del pueblo chileno*. El A. presenta este régimen como modelo por la estabilidad constitucional, normalidad política y sosiego social, únicamente interrumpidas por los sucesos de 1891 en el funcionamiento

regular de las instituciones, y con un respeto pleno por todas las libertades públicas, que habría ido habituando a la población chilena en una actitud espiritual favorable "a una regular y progresiva democratización de la vida pública" (p. 273). El A. no observa que si hubo estabilidad —relativa, por lo demás, porque la revolución de 1891 no puede tratarse como un mero paréntesis en la evolución constitucional— fue porque en la clase política chilena había acuerdo en los principios constitucionales básicos. Al romperse este acuerdo en el primer cuarto del siglo xx, el régimen no pudo subsistir.

Es sabido y el A. lo señala (p. 285), que la inestabilidad ministerial es uno de los principales defectos que se señalan al parlamentarismo chileno. Naturalmente, su aceptación significaría para el A. admitir una crítica fuerte al régimen que estudia y defiende, y de ahí que procure cohonestarla, negando, por una parte, que entre 1891 y 1925 haya alcanzado un desarrollo mayor que en los años que corren entre 1861 y 1891, y no aceptando, por otra, que la rotativa ministerial fuera una consecuencia del régimen constitucional imperante, desde el momento que continuaría después de 1925 con el sistema presidencial que en esta fecha se establece. Afirma, en cambio, que "la verdadera causa de la inestabilidad ministerial reside en la desorganización y en la indisciplina de los partidos políticos" (p. 287).

En cuanto a la extensión de la inestabilidad ministerial en el período 1891-1925, los cuadros que el propio A. inserta (pp. 286 y 287), muestran, sin lugar a dudas, que en conjunto, durante esta etapa que es la que tradicionalmente se ha calificado de parlamentaria, los cambios de ministerios adquirieron un ritmo mucho más veloz que en los treinta años que le preceden. Otra cosa es que después de 1925 los cambios hayan continuado y aun incrementado su ritmo, pero esto únicamente indicaría que las soluciones adoptadas para ponerles fin fueron ineficaces, no que el mal no existiera antes. Respecto a las causas de éste, aunque es indudable que el carácter y el sistema de los partidos políticos chilenos han contribuido a la inestabilidad ministerial, no puede desconocerse que hubo factores constitucionales que concurrieron a ella en la etapa parlamentaria. Tales serían la imposibilidad de disolver el Congreso Nacional en que estaba el Presidente de la República y la existencia de dos cámaras políticas que podían tener —como presentaron efectivamente en ocasiones— mayorías de distinto signo político, con lo que la formación de los gobiernos y la permanencia continuada de los ministros en sus cargos se dificultaba enormemente. Junto a éstos hubo factores netamente políticos que coadyuvaban a la inestabilidad. Dejando aparte el pluripartidismo con su falta de mayorías estables, hay que señalar otro factor sobre el cual no se ha reparado suficientemente. Es la posición que adoptaban la mayoría de las figuras destacadas de los partidos políticos. En vez de presidir o formar parte de los gobiernos y conseguir a través de la disciplina partidaria, la cooperación con el ministerio de parte de los parlamentarios de su partido, preferían más bien permanecer en el parlamento y desde éste influir en él o los miembros de su propio partido que integraban la combinación ministerial de turno. Ocurría entonces que en lugar de reforzarse el gobierno se fortalecía el parlamento, y las grandes figuras políticas, no comprometidas personalmente en aquél, no tenían mayor inconveniente en provocar sucesivas crisis ministeriales.

También procura el A. desvirtuar la crítica que se ha formulado al sistema parlamentario sobre desorganización y corrupción administrativa (p. 300

ss.). Lamentablemente faltan en Chile estudios monográficos sobre historia de la administración pública que permitan emitir, en forma documentada, apreciaciones sobre el particular, en uno o en otro sentido. No obstante, hay que reconocer aquí, que los ejemplos citados por el A. (Dirección General de Correos y Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos, p. 304 y p. 306), muestran, efectivamente, una pronunciada estabilidad de los directores generales en sus cargos desde 1861 a 1925. Ahora bien, hay que tener presente que las críticas a la administración pública en el período 1891-1925 han sido de menor entidad que las formuladas a los gobiernos, ya que lo que se le imputa es fundamentalmente su pasividad, su falta de iniciativa para enfrentar y resolver los problemas de la época, y no tanto su desorganización y corrupción, por lo que el A. no se enfrenta aquí con la generalidad de los autores.

Señalamos ya que el A. ve en la etapa parlamentaria una preparación de la democracia social. Aquella época tendría "el noble papel de madre generosa de la actual democracia social" (p. 358); incluso, llega a afirmar que "todas las medidas de interés público que han sido llevadas a la realidad después de 1925 han tenido su gestación en el parlamentarismo" (p. 357), lo que es, sin duda, exagerado. A la valorización entonces de este régimen político en que habrían ido surgiendo principios e iniciativas de índole social y económica que posteriormente acabarían por triunfar, se dedica buena parte del cap. II *La continuidad histórica* de la quinta parte del libro. Los últimos párrafos, en cambio, se destinan a examinar las causas de la crisis y desaparición del parlamentarismo. Menciona así la actitud que adopta la nueva clase política que va surgiendo en las dos primeras décadas de este siglo, contraria a algunos principios del parlamentarismo; las nuevas doctrinas políticas, favorables a un reforzamiento del Ejecutivo, y los ataques del Presidente Alessandri Palma, primero a los vicios que él veía en el parlamentarismo chileno con el propósito de corregirlos, y después al sistema mismo hasta sustituirlo en 1925 por un régimen presidencial.

El libro finaliza con un apéndice documental, una orientación bibliográfica y una iconografía, aparte del índice.

La obra del profesor Heise trata, como puede apreciarse, numerosos temas relativos al período 1861-1925, algunos de los cuales quedan fuera del campo histórico-jurídico. Limitándonos a éste, se aprecia que la tesis central del A., en la que insiste reiteradamente a lo largo del libro, es que el parlamentarismo no comenzó en Chile en 1891 como consecuencia de la derrota de Balmaceda, sino que estaba vigente desde 1861 y que 1891 únicamente es un hito en la historia del régimen parlamentario en cuanto marca el fin de la intervención electoral del Ejecutivo que perturbaba el funcionamiento normal del sistema. Considero que esta tesis, expresada en la forma tan tajante que emplea el A., no puede aceptarse.

Es efectivo que 1891 no supone la entronización repentina del parlamentarismo, pues numerosas instituciones propias de un régimen de esta naturaleza existían anteriormente, como es el caso de los votos de censura. Pero, junto a ellas coexistían factores que impedían el parlamentarismo, lo limitaban, o al menos, le daban antes de 1891 una fisonomía muy distinta a la que tendría después de esta fecha. El papel del Presidente de la República antes y después de la guerra civil que puso fin al gobierno de Balmaceda difiere notablemente. Antes, el Presidente era la figura política central y podía impedir, con un mínimo de habilidad y tacto, la entrada al ministerio de los grupos

políticos que rechazaba, o determinar un cambio en los partidos que formarían parte del gobierno. Nada ni nadie pudo forzar a un Presidente tan poco inclinado a ejercer sus prerrogativas como Aníbal Pinto a admitir a los conservadores en el gobierno, ni siquiera para formar parte de un gabinete de concentración nacional en la Guerra del Pacífico. En última instancia fue la voluntad presidencial la que determinó durante el gobierno de José Joaquín Pérez la exclusión de los nacionales y la formación de la fusión liberal-conservadora, y en la época de Errázuriz Zañartu la salida de los conservadores del gobierno. El Presidente era el árbitro —como señalara hace años A. EDWARDS en *La fronda aristocrática*— entre los distintos partidos políticos. Después de 1891 la situación es muy distinta. El Presidente queda obligado a aceptar las combinaciones que imponen los partidos políticos a través del Parlamento, aunque, por cierto, conserva cierto margen para maniobrar. Y lo dicho vale no sólo para Presidentes como Jorge Montt o Ramón Barros Luco, dispuestos a aceptar cualquier fórmula de gobierno, sino también para personalidades fuertes como Juan Luis Sanfuentes.

Aunque haya, efectivamente, elementos de peso para dar el calificativo de parlamentario al régimen político existente entre 1861 y 1891, habría que diferenciarlo del régimen en vigor a contar de esta última fecha. El primero sería un parlamentarismo con predominio del jefe de estado y no sólo por la intervención electoral que le permitía tener un parlamento más o menos dócil, sino por las atribuciones que efectivamente desempeñaba en la vida pública, mientras que el segundo sería un parlamentarismo con predominio de las cámaras. Eso sí, siempre habría faltado en Chile una configuración institucional acabada del gobierno como órgano distinto del jefe de estado, con lo que una de las piezas claves del parlamentarismo estaba ausente. Esto explicaría también que la figura del Presidente de la República excediera la que es propia de un mero jefe de estado y, en parte, reuniera atributos propios de un jefe de gobierno. Por eso es que las elecciones presidenciales tenían, aun después de 1891, gran importancia.

Dejando aparte los temas de historia social y cultural que trata el A. y ciñéndonos a los de historia constitucional, hay que lamentar que el análisis no haya sido más profundo. Falta en el libro un estudio histórico-jurídico completo de los procedimientos empleados para formar gobierno, de los medios de actuación de éstos, su fiscalización y los mecanismos utilizados para derribarlos, por mencionar temas claves del régimen parlamentario. Es cierto que el A. trata algunos. Así en el cap. v de la primera parte se refiere a las interpelaciones y votos de censura, pero la materia no queda agotada desde el momento que al A. lo que le interesa en ese lugar es señalar la presencia de unas y otros antes de 1891, y no aparece después un tratamiento sistemático. Pero otros aspectos de indudable interés para la historia jurídica del parlamentarismo no son ni siquiera tratados en la forma somera que reciben las interpelaciones y votos de censura. Tal ocurre, p. ej., con las consultas presidenciales para formar gobierno, las reuniones de gabinete y el papel del jefe de gobierno. La obra del profesor Heise ganaría mucho, indudablemente, si en su continuación se llenaran estos vacíos.

Hay, también, en ocasiones, un afán excesivo por allegar pruebas a favor de las tesis defendidas por el A. Así, en la primera parte: *Gestación del gobierno de gabinete*, en que el A. va señalando la aparición de las bases del parlamentarismo desde el comienzo del movimiento emancipador, al ocuparse de las atri-

buciones que la Constitución de 1833 otorgaba al Congreso y que dieron base a una interpretación parlamentaria del régimen político contenido en aquélla, señala —entre otras— la contemplada en el artículo 36 N° 6 que permitía conceder al Presidente de la República facultades extraordinarias análogas, cuando esta disposición constitucional fue una de las más atacadas por el liberalismo político chileno que veía en ella la consagración del absolutismo presidencial y que luchó durante decenios —hasta conseguirlo en 1874— por reformarla. Tampoco parece convincente que la legalidad de los tributos, la creación por ley de provincias o departamentos o el establecimiento y supresión mediante leyes de empleos públicos, hayan servido para interpretar en un sentido parlamentario la Constitución de 1833, ya que todos estos puntos pasarían a la Constitución de 1925 sin que nadie pensara que tuvieran relación con el régimen de gobierno, pues un parlamento con atribuciones amplias en la elaboración de las leyes y un dominio mínimo legal extenso no llevan necesariamente a un régimen parlamentario.

A pesar de los defectos señalados, es indudable que el libro del profesor Heise abre nuevas perspectivas para la comprensión de uno de los períodos de la historia de Chile más necesitados de estudio, como es el que se extiende de 1891 a 1925. De ahí que haya que esperar con interés la continuación de la obra, puesto que el libro que ha aparecido es sólo su tomo primero. Sin embargo, a menos que el A. aborde entonces con mayor amplitud y rigor los aspectos jurídicos del parlamentarismo, la historia constitucional de este período quedará siempre incompleta.

RAÚL BERTELSEN REPETTO

Universidad Católica de Valparaíso.

SALVAT MONGUILLLOT, Manuel: *Estudios de Derecho Histórico* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1975), 180 págs.

Se reúnen en el presente volumen quince trabajos, publicados en diversas sedes, del recientemente jubilado profesor de la Universidad de Chile Manuel Salvat Monguillot. La iniciativa, poco frecuente en nuestro medio, de publicar escritos reunidos, debe servir de ejemplo para obras similares que presenten —como en este caso— la estimable ventaja de facilitar la consulta de trabajos que, en ocasiones, resultan de difícil localización.

Tras un escrito de carácter introductorio: *Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de derecho*, los restantes se agrupan en tres secciones: *Período indiano*, *Siglo dieciocho* y *Período patrio*. El trabajo introductorio que hemos citado corresponde, en su origen, a un escrito de defensa de la asignatura de Historia del Derecho ante los ataques de que fuera objeto a partir de 1967 durante uno de los períodos más tristes e infecundos de las Universidades chilenas. El A. expone en él las principales razones que justifican la existencia de la Historia del Derecho en los planes de estudio. Enuncia así su carácter formativo de los futuros juristas, la necesidad de una perspectiva histórica para comprender las instituciones actuales, especialmente el sistema de las fuentes del derecho e, incluso, su utilidad para interpretar las leyes vigentes.

Al ocuparse del contenido de la asignatura el A. señala acertadamente que "lo que debe enseñarse en la cátedra es justamente lo que antecede a nuestro derecho vigente" (p. 19), "cuál fue y es nuestro trasfondo jurídico" (p. 20). Estas afirmaciones, que debieran gozar de general aceptación, por desgracia aún son rechazadas en algunos ámbitos —felizmente minoritarios— que insisten en utilizar la Historia del Derecho para proporcionar visiones generales de los distintos sistemas jurídicos, carentes por completo de valor, o que se resisten a incluir dentro del programa uno de los antecedentes básicos de nuestro derecho como es el indiano. No parece inoportuno insistir en la necesidad de que la Historia del Derecho se refiera a los antecedentes próximos del derecho, porque de otra forma se perdería la conexión entre el pasado y el presente, produciendo un vacío que impediría comprender cabalmente muchos fenómenos jurídicos actuales que tienen en el ayer inmediato su explicación. Es cierto que el estudio de la historia contemporánea reviste especiales dificultades, entre las cuales no son las menores la falta de perspectiva y la multiplicidad de fuentes o el desconocimiento de éstas en algunos casos, pero desistir, a causa de las dificultades, de su estudio, llevaría a renunciar a entender sectores importantes del mundo jurídico. Así, por ejemplo, sin conocer la historia constitucional chilena posterior a 1925 no se comprenderá nunca la crisis política que culminó en 1973.

El A. se ocupa también de la ubicación de la Historia del Derecho en el plan de estudios, lamentando que coexista con el Derecho Romano, simultaneidad que califica de "totalmente antipedagógica" (p. 9). Sentimos discrepar en este punto. Precisamente por su carácter formativo, la Historia del Derecho —como el Derecho Romano— han de estar situados al comienzo de los estudios y no después. Si no se procede de esta manera se corre el riesgo de encontrar al alumno ya deformado por el positivismo cuando comienza a estudiar Historia del Derecho, con lo que ésta más que formar tendría que reformar. Entre otros inconvenientes que tiene retrasar el estudio de la Historia del Derecho, se puede señalar que los alumnos comienzan a estudiar y manejar los códigos antes de saber en qué consiste el fenómeno de la codificación. Por lo demás, hay países como España en que el Derecho Romano y la Historia del Derecho se imparten en primer año y, que se sepa, no son inconvenientes sino ventajas las que se derivan de esta situación.

En la sección dedicada a Derecho Indiano se incluyen cinco escritos: *Barotomé de la Casas y la esclavitud en América*, *Los representantes de la república*, *La encomienda en Chile*, *Repartimientos de indios y Tasas de tributos de los indios de Chile*. El primero de ellos es un artículo periodístico de divulgación que contrasta con los otros cuatro, que son trabajos de mayor envergadura. En *Los representantes de la república*, se ocupa sucesivamente de los representantes de la república de los españoles y de la república de los indios. Al referirse al primer punto señala a grandes rasgos la organización y atribuciones de los cabildos, materia que el A. conoce en profundidad. (Cfr. al respecto su estudio sobre *La legislación emanada de los cabildos chilenos en el siglo XVI*, RChHD 5 (1969) 97-132). *La encomienda en Chile* es una síntesis notable del tema, pues se refiere tanto al concepto, modos de obtener y sucesión de las encomiendas, como a la evolución de las mismas en Chile. Al igual que este trabajo, los dos últimos dedicados al Derecho Indiano, esto es: *Repartimientos de indios y Tasas de tributos de los indios de Chile*, son colaboraciones redactadas para la Enciclopedia Jurídica Omeba de Buenos Aires. En el

último se encuentra una exposición precisa sobre uno de los puntos más debatidos —si no el que más— del Derecho Indiano en Chile.

Los tres breves artículos dedicados al *Siglo dieciocho* tienen por tema: *Defensa por Feijóo de los sexagenarios criollos, Chile en el relato del honorable John Byron* y *El Lazarillo de ciegos caminantes*. Los tres fueron escritos originariamente para la prensa, por lo cual vienen a ser breves noticias sobre las materias respectivas, que permiten apreciar, no obstante, el amplio conocimiento que tiene el A. de las fuentes de la época.

En el *Período patrio* se agrupan seis trabajos: *Rousseau en 1811*; *Henríquez, Alvarado y Talavera*; *Camilo Henríquez, dramaturgo*; *Alcances sobre la Ilustración en la Patria Vieja*; *Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX*; *Sentido y forma de los prontuarios judiciales*, y *Las cláusulas de estilo en los contratos de compraventa*. El trabajo sobre Rousseau que encabeza esta sección muestra el conocimiento que hacia 1811 se tenía de las ideas del filósofo ginebrino en España y en Chile por liberales y tradicionalistas, lo cual no indica —a juicio del A.— que ellas hayan influido en el proceso emancipador. *Camilo Henríquez, dramaturgo*, al igual que otros escritos reunidos en este volumen a que ya nos hemos referido, es una colaboración periodística en que se refiere a las obras teatrales del creador de “La Aurora de Chile”; esto es, a *Camila o la Patriota de Sudamérica* y a *La inocencia en el asilo de las virtudes*, piezas ambas de adoctrinamiento político rousseauiano. *Alcances sobre la Ilustración en la Patria Vieja* señala, a través de un análisis del pensamiento de Camilo Henríquez, Juan Egaña, Antonio José de Irisarri y Manuel de Salas, quienes de una u otra forma intervinieron en los sucesos de la Patria Vieja, la difusión que tuvo en el Chile de esa época el pensamiento ilustrado. Así queda de manifiesto al referirse a las ideas de los personajes citados respecto a temas como los de naturaleza, patria, origen del poder, educación y agricultura, entre otros.

La literatura jurídica decimonónica de carácter práctico y los formularios es el tema común a *Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX* y a *Sentido y forma de los prontuarios judiciales*. El derecho vigente en Chile, contenido en multitud de fuentes de procedencia varia, puesto que las había castellanas, propiamente indianas y patrias, hacía difícil el conocimiento y aplicación del derecho, más aún si se tiene en cuenta el carácter de los estudios jurídicos de las primeras décadas del siglo XIX, lo cual explica la amplia difusión que tuvo este género de obras. Ambos trabajos son guía de consulta indispensable para todo estudio que se emprenda sobre el derecho vigente en Chile en la centuria pasada.

El último trabajo, con el cual se cierra el volumen: *Las cláusulas de estilo en los contratos de compraventa*, es un pormenorizado estudio en el cual se han consultado documentos y formularios que van desde el siglo XIII hasta comienzos del siglo XIX. Por eso resulta extraña la ubicación del mismo entre los dedicados al derecho patrio, desde el momento que la última de las fuentes utilizadas es poco anterior al comienzo de este período. En todo caso es de un interés innegable y digno de servir de modelo a trabajos similares sobre otras instituciones jurídicas.

Aunque los *Estudios de Derecho Histórico* del profesor Salvat no reúnen toda su producción histórico-jurídica hasta la fecha, son una muestra de la amplitud de sus preocupaciones que le han llevado a tratar con agudeza temas poco o nada estudiados y a abrir con ellos nuevas perspectivas, o a efectuar

felices síntesis, como es el caso de algunos de los artículos de Derecho Indiano incluidos en este volumen. Ante la calidad de la obra que nos ocupa, resulta lamentable la publicación que de ella ha hecho, por intermedio de la Editorial Jurídica de Chile, el Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile, puesto que su presentación dista mucho de la que merecían los escritos del maestro que se ha acogido a retiro después de una fructífera vida académica.

RAÚL BERTELSEN REPETTO
Universidad Católica de Valparaíso

B. RESEÑAS

Colección de Historiadores de Chile y de Documentos relativos a la Historia Nacional. T. LII. Actas del Cabildo de Santiago, T. XXIX (Instituto Chileno de Cultura Hispánica, Santiago de Chile 1975), xv + 118 págs.

El Instituto Chileno de Cultura Hispánica, al celebrar sus bodas de plata, ha publicado un tomo más de las Actas del Cabildo de Santiago, las que corresponden a las reuniones celebradas en los años 1729 a 1731. La iniciativa es digna de elogio, pues ella facilita a los historiadores el conocimiento del siglo XVIII, aunque sea sólo en un lapso de tres años, y porque da un paso más en la tarea de completar una de las colecciones documentales chilenas más importantes.

Conocida es la importancia que tenía el cabildo en la vida jurídica india por el extenso ámbito de sus atribuciones. De ahí que la edición de las actas capitulares santiaguinas sea un valioso aporte para el mejor conocimiento del derecho indiano en Chile ya que a través de sus páginas se aprecia el funcionamiento del principal de los cabildos chilenos durante parte del gobierno de Cano de Aponte.

Además, la inserción en las actas de los cabildos de diversos documentos que a los mismos se presentaban, aumenta el valor de aquéllas como fuente de conocimiento de la realidad jurídica de la época. Entre otros documentos dignos de interés llevados al Cabildo de Santiago de Chile entre 1729 y 1731 cabe mencionar las cartas de naturaleza que el 1º de febrero de 1730 presentaron los franceses de origen Claudio Alonso Hebert de la Probotierre y Juan Bautista Onfroy Dubourg, el último de los cuales aparece poco después rematando el oficio de depositario general. Al respecto conviene señalar la utilidad que pueden prestar las actas capitulares para estudiar este tema de la enajenación de oficios públicos en Indias ya que muestran numerosos ejemplos de la forma en que se procedía a subastarlos.

Acompaña a la edición de las actas un prólogo de Manuel Montt Lehuédé que aporta interesantes datos biográficos sobre algunos miembros del Cabildo de Santiago. En la presentación del volumen, Rafael de la Presa Casanueva, Presidente del Instituto Chileno de Cultura Hispánica, anuncia el propósito de continuar con la publicación de las actas del cabildo santiaguino. Confiamos en que la institución obtenga los aportes necesarios para materializar una tarea tan beneficiosa para todos los historiadores.

R. B.

HEISE GONZÁLEZ, Julio: *O'Higgins, forjador de una tradición democrática* (Sin mención de Editor, Santiago de Chile 1975), 187 págs.

Aunque en el libro del profesor Heise concurren varios temas, no siempre bien entrelazados entre sí, el propósito central de la obra —como lo indica su mismo

subtítulo— es demostrar que en el gobierno de O'Higgins se encuentran las bases de la organización republicana y democrática de Chile.

La argumentación que desarrolla el A. no es convincente. No hay, desde luego, claridad conceptual en lo que se entiende por dictadura y democracia y qué es propio de cada uno de estos regímenes. Pero, lo que es más importante, no se demuestra que la política del Director Supremo de Chile entre 1817 y 1823 fuera de signo democrático. Así, la utilización del sistema de suscripciones para aprobar la Constitución de 1818 no puede invocarse seriamente como modelo democrático de expresar el consentimiento político. Tampoco es correcto considerar como propio de una democracia el sometimiento de los gobernantes al derecho, desde el momento que este respeto puede también darse en otro tipo de régimen político.

Sin embargo, la prueba más concluyente que el gobierno de O'Higgins no dejó como legado los fundamentos institucionales de la organización de Chile como estado independiente aparece al observar el vacío político en que quedó el país luego de su abdicación. Era su prestigio personal —carisma dirían hoy algunos— el que sostenía el gobierno y no la dignidad institucional de los órganos gubernamentales. De ahí que al desaparecer el Director Supremo de la escena política chilena y hasta el momento en que Portales restaura el carácter impersonal del mando, falta en el país una legitimidad de general aceptación, ausencia inexplicable si O'Higgins hubiera forjado realmente la tradición constitucional chilena.

R. B.

SALCEDO IZU, Joaquín, *Atribuciones de la Diputación del Reino de Navarra*. (Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Pamplona 1974), 595 págs.

El profesor Salcedo, conocedor profundo del Derecho navarro, continúa en esta obra con el estudio de la Diputación del Reino de Navarra a la que ya dedicara un primer tomo en que expone su origen, composición y régimen: *La Diputación del Reino de Navarra* (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1969). En esta ocasión, como el título del libro lo señala, se efectúa el estudio de sus atribuciones.

Luego de examinar la representatividad del Reino que tenía la Diputación navarra, el A. estudia en capítulos sucesivos sus atribuciones relativas a la defensa del derecho del Reino, las económicas, de defensa militar, relaciones exteriores y educación. El A. posee un dominio completo de las fuentes, tanto manuscritas como impresas, y de la bibliografía correspondiente, lo que da a la obra gran consistencia y la constituye en un modelo de investigación.

El libro permite apreciar el alcance de los poderes del Reino de Navarra frente al monarca. De ahí que resulte indispensable para el conocimiento de la monarquía española, desde el momento que ésta, como lo destacara hace algunos años SÁNCHEZ BELLA: *Los reinos en la historia moderna de España* (Madrid 1956), para su adecuada comprensión exige, no sólo conocer los poderes y la política de los diversos reyes, sino también el poder y actuaciones de los distintos reinos engarzados en la monarquía hispana. Para el estudioso del Derecho Indiano, será útil la obra para apreciar las diferencias existentes entre

la organización de los reinos indianos y uno de los reinos peninsulares de mayor personalidad.

El A. anuncia un tercer tomo dedicado a la Diputación del Reino de Navarra en que atenderá principalmente a su ocaso en el siglo XIX. Descamos, para el progreso de los estudios histórico-jurídicos, que sea pronto realidad. La capacidad y conocimientos del profesor Salcedo permiten esperar un estudio de tanta valía como el que ahora ha publicado y que aclarará, ciertamente, puntos aún oscuros sobre el fin del Antiguo Régimen y los comienzos del Estado liberal en España.

R. B.

VARIOS, *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago 1973), 234 págs.

Con ocasión del centenario de la muerte de don Andrés Bello, la Universidad de Chile acordó publicar un texto que recogiere algunos estudios sobre la vida y obra del primer rector de esa Casa de Estudios. Aparecido con cierto retraso, sólo en 1973, se incluyen en éste, siete artículos sobre el tema, coronados por un apéndice iconográfico de los lugares más familiares a Bello durante su vida.

Los estudios son: Vida de Bello, por Manuel Salvat Monguillot; Bello y el Derecho Romano, por Alamiro de Avila Martel; Bello y el Código Civil, por Pedro Lira Urquieta; Bello, mentor y anticipacionista, por Ernesto Barros Jarpa; Los estudios filológicos de Andrés Bello, por Rodolfo Oroz; Poesía de Bello, por Armando Uribe Arce; y Andrés Bello en el Periodismo, por Raúl Silva Castro.

De estos temas, sólo tienen atinencia histórico-jurídica los estudios realizados por Alamiro de Avila Martel, Pedro Lira Urquieta y Ernesto Barros Jarpa.

Bello y el derecho romano, por Alamiro de Avila Martel.

En un nuevo artículo que viene a sumarse a la escasa bibliografía romanista de nuestro país, el A. nos muestra el importante papel que jugó el Derecho romano en la vida de Bello y la influencia ejercida por éste en su obra de jurista. Se nos introduce al tema con una breve referencia a la recepción del Derecho romano en la Edad Media europea y el lugar que le cupo en la enseñanza y formación de juristas en el Chile colonial. En seguida el A. nos enseña, siguiendo un orden cronológico, el Derecho romano en la formación de los abogados en el Instituto Nacional y la labor que, con respecto a este Derecho, le correspondió a don José Joaquín de Mora. Es después de este momento en que el A. hace surgir la persona de Bello para entrar de lleno en el tema, donde se nos muestra una faceta nueva e importante de la formación cultural de éste. En efecto, según el A., el insigne jurista venezolano se habría adherido de lleno a los postulados de la Escuela Histórica lo que, evidentemente, determinaría su obra jurídica posterior. Así, para el profesor Avila Martel, este cambio operado en la concepción de Bello ante el Derecho, en un comienzo racionalista para después seguir la Escuela Histórica, habría tenido su concreción práctica en el Código Civil Chileno, respecto del cual su autor sólo ordenó y sistematizó un Derecho ya existente con anterioridad. Con ello, Andrés Bello no hacía sino

respetar el papel que para esta Escuela correspondía al legislador; convertir en ley positiva, el Derecho que ya existía en la conciencia de la comunidad.

Bello y el código civil, por Pedro Lira Urquieta.

Señalando primeramente los planteamientos de O'Higgins y Bello sobre la necesidad de reestructurar nuestra legislación, el A. nos esboza en seguida la gestación del Código y la labor que en ella cupo a éste último. A continuación nos muestra someramente las fuentes consultadas por éste en su trabajo para analizar después, de la misma manera, su contenido. El A. sigue en este análisis, en parte, el orden dado por el texto legal a las diferentes materias y nos muestra constantemente los principios que informan su articulado. Finaliza el trabajo con la indicación de las principales alteraciones que ha sufrido el texto, tanto por leyes especiales dictadas al efecto, como por normas generales y particulares.

Bello mentor y anticipacionista, por Ernesto Barros Jarpa.

En un estudio que el propio A. cataloga de "rápido cuadro" se analiza el papel que correspondió a don Andrés Bello en las relaciones internacionales chilenas durante el período en que ocupó el cargo de Oficial Mayor de la Cancillería. Sobre la base de algunos momentos importantes de esos dieciocho años (tratado con Estados Unidos de Norteamérica en 1832, Confederación Perú-Boliviana y otros), se nos muestra sucintamente, la participación —dubitada en algunos documentos— que le cupo a Bello y el carácter anticipacionista de numerosas de sus ideas y planteamientos de Derecho de gentes, consagrados internacionalmente con posterioridad.

C. S.