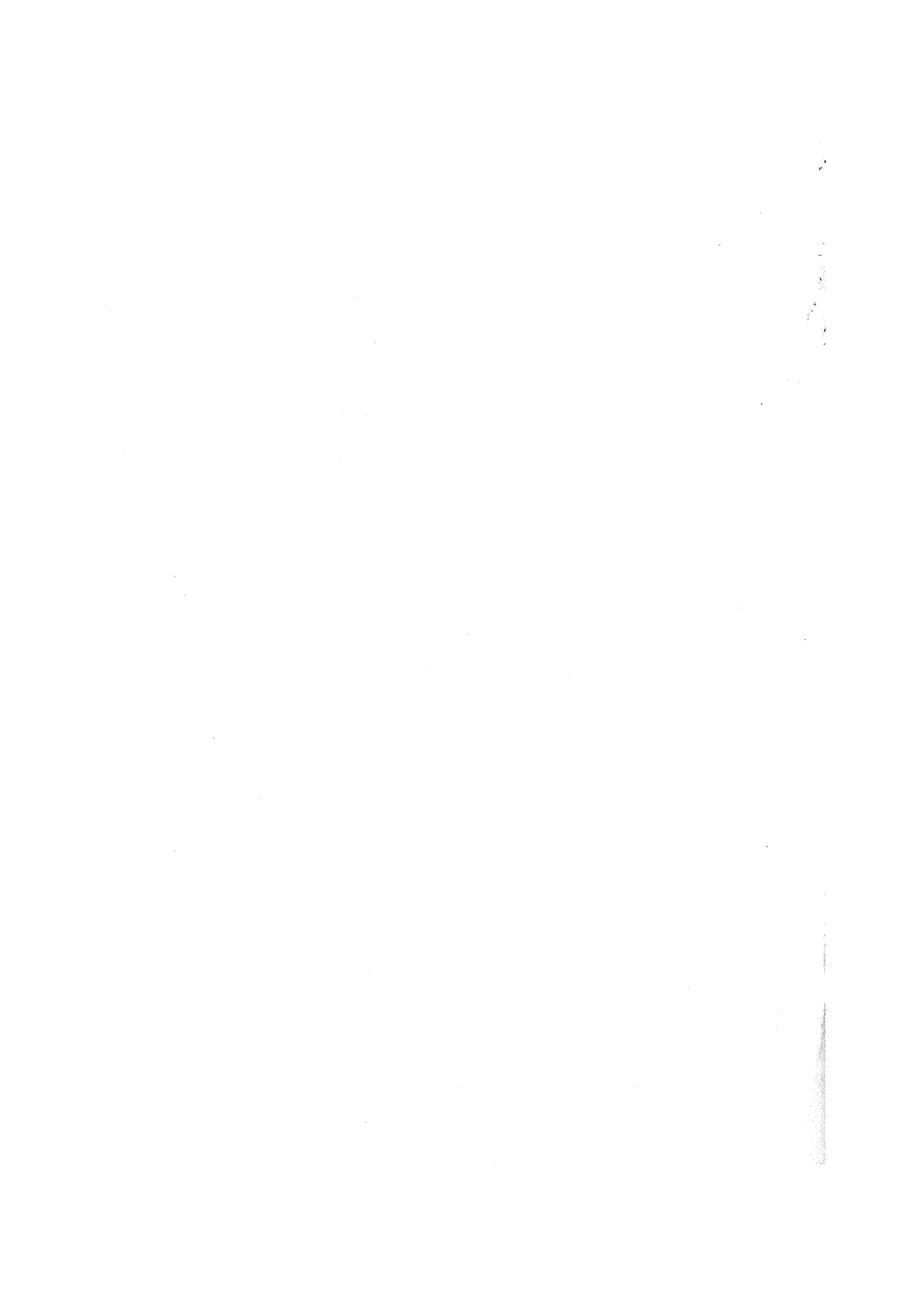


RECENSIONES



«Antonio CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, Málaga 2000»

ALFONSO AGUDO*

La publicación de un nuevo libro de Derecho romano es siempre motivo de satisfacción para los estudiosos de esta disciplina que constituye, como dejó escrito Xavier Zubiri, una de las tres grandes creaciones de la antigüedad, junto con el pensamiento y la filosofía griegas y la religión cristiana.

La obra del catedrático de la Universidad de Málaga Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, que reseñamos, constituye el punto de llegada de su experiencia científica y docente iniciada en el año 1998 con la publicación de su manual titulado "Derecho Romano". En dicho manual se echaba en falta la parte dedicada al derecho de sucesiones, laguna que ha sido sobradamente colmada en el actual "Derecho Privado Romano". Se trata de un curso elemental (sin la parte histórica dedicada al Derecho público romano), en el que el autor procura presentar de manera inmejorable las ideas fundamentales para la enseñanza. La materia se expone de modo claro y sencillo, con abundantes referencias a las fuentes, jurídicas y literarias, prescindiendo conscientemente de indicaciones bibliográficas o doctrinales. Por una parte, son dignas de especial consideración, a mi juicio, las continuas referencias que a lo largo de la obra

dedica el autor al Derecho positivo, v. gr. Código Civil, Código Penal o Ley de Caza, lo que sin duda contribuye a crear en el ánimo de los jóvenes estudiantes el sentimiento de necesidad de estudio del Derecho romano para un recto conocimiento de nuestro Ordenamiento jurídico. Por otra parte, el logrado esfuerzo de adaptar la obra a los nuevos planes de estudio de la titulación de Derecho, que en aras a coherenstar los estudios jurídicos con las nuevas demandas sociales ha llevado al legislador a una notable reducción del número de créditos asignados al Derecho romano, olvidándose con ello de la historicidad del derecho positivo y, en palabras de Antonio Fernández de Buján, del importante papel que el Derecho romano está llamado a cumplir en la previsible codificación del Derecho privado europeo, y contribuir con no pocas aportaciones a la más lejana e incierta codificación del Derecho público.

La sistemática adoptada responde a la tradición pandectística, aunque con algunas importantes novedades. De la exposición en su conjunto, voy a destacar aquellos aspectos que me parecen especialmente significativos.

En el capítulo I (pp. 9-13), titulado Conceptos fundamentales, se destaca

* Profesor Titular de Derecho Romano Universidad de la Rioja.

que las normas jurídicas se dirigen a ordenar y regular las relaciones entre los hombres, mientras que las normas morales tienden a fijar los deberes del hombre para consigo mismo, según su conciencia, de donde derivaría asimismo el elemento distintivo de ambas de la coactividad (p.9).

En relación con la distinción *ius civile -ius honorarium*, admite el autor su existencia durante toda la época clásica, destacando la supremacía del primero respecto del segundo. En época postclásica esta duplicidad de ordenamientos desaparece, pudiéndose hablar de un único sistema denominado Derecho civil romano. Respecto de la contraposición *ius publicum-ius privatum* acepta el autor la tesis de los que, como Stella Maranca y Steinwenter, defienden la oposición entre las dos esferas a partir del conocido texto de Ulpiano (D. 1. 1. 1. 2), reproducido en las Instituciones de Justiniano (I. 1. 1. 4) (p. 11). Respecto de la tricotomía *ius naturale, gentium et civile*, el autor se hace eco de la debatida cuestión de la clasicidad del *ius naturale*, sin que ello afecte a los fines didácticos de la obra (p. 12). Prefiere como más exacta y acertada la noción de Paulo (D. 1. I. 11) frente a la formulada por Ulpiano (D. 1.1.1. 3), destaca el carácter atemporal y no fronterizo del *ius naturale*, constituido por una serie de principios que la naturaleza inspira invariablemente el hombre acerca del bien y del mal. Respecto de la contraposición *ius civile-ius gentium* considera el autor que el *ius gentium* es derecho positivo romano, pero no nacional como el *ius civile*, sino lla-

mado a aplicarse tanto a los ciudadanos romanos como a los extranjeros (p. 13).

El capítulo II de la obra, bajo el título Persona y Familia (p. 17 -59), se nos presenta con gran originalidad. A diferencia de lo que es común en los manuales, donde la familia, el matrimonio y la tutela y curatela ocupan una sede propia, pero como antesala para el estudio de la sucesión, el profesor Ortega opta por dar mayor realce a la institución familiar y la coloca al comienzo de la exposición del Derecho privado romano, inmediatamente después de la clara y pedagógica teoría de la persona física y del estudio de los *status*, planteamiento que resulta muy acertado por la interconexión entre algunas figuras jurídicas privadas y la institución familiar. Igualmente, resulta novedosa y pedagógica la ubicación de las tutelas y curatelas tratadas a propósito de las limitaciones a la capacidad de obrar.

En materia de esclavitud, destaca el autor que este fenómeno no es exclusivo de Roma sino común a todas las civilizaciones antiguas, y conectado con otro fenómeno no menos extendido y frecuente: la guerra (p. 29). La esclavitud como negación de la personalidad conlleva que el esclavo sea considerado jurídicamente incapaz, sin embargo su naturaleza de ser humano es tenida en cuenta en la esfera penal y negocial del Derecho romano, mejorando su situación progresivamente (p. 31).

Elemento esencial del matrimonio es, al menos en época clásica, el con-

sentimiento. La *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus* no eran formas de celebrar el matrimonio, sino formas de *conventio in manu*, encaminada a hacer entrar a la mujer en la familia del marido. En el derecho clásico no se exige una voluntad inicial, sino que se requiere, en opinión del autor, una voluntad continuada de permanecer unidos en matrimonio, y precisamente por este carácter permanente, los juristas hablan más que de *consensus* de *affectio maritalis* (p.45); por otra parte, la *affectio maritalis* se exterioriza en el *honor matrimonii*, que hace referencia a la forma en que los cónyuges deben comportarse y respetarse mutuamente. La diferencia entre matrimonio y concubinato reside, en opinión del autor, en la ausencia de *affectio maritalis*; destaca la legislación matrimonial de Augusto como la causa de su difusión durante la época imperial, así como el esfuerzo de los emperadores cristianos por erradicarlo, subsistiendo como institución tolerada por la Iglesia hasta el siglo IX que fue abolido por León el Filósofo (p.53).

En sede de matrimonio expone la institución de la dote, pese a su brevedad, describe magistralmente su evolución, originariamente constituía una auténtica donación que el marido adquiría definitivamente; en el derecho clásico estos bienes que recibe el marido del padre de la mujer, de la misma mujer o de un tercero son finalistas, *ad sustinenda onera matrimonii*, y, por último, en época justiniana se considera que los bienes dotales pertenecen en propiedad a la mujer (pp.49-50).

Finaliza el capítulo II con una clara y pedagógica exposición de las personas jurídicas (pp. 55-59).

El capítulo III se dedica íntegramente al estudio del proceso civil romano (p. 62 -93). Se inicia con una clarificadora distinción del concepto de acción en derecho moderno y en derecho romano. Así en el derecho romano, en opinión del autor, derecho y acción (*ius* y *actio*) estaban estrechamente conectados, puesto que el derecho era concebido más bien bajo el aspecto procesal, que bajo el aspecto sustancial: quien tiene la acción tiene el derecho (p. 63). Muy clara es la clasificación de las acciones (p. 64-65). Respecto del origen del proceso civil romano considera válida la tesis de la recepción del arbitraje privado por parte del Estado, y de ahí posiblemente la bipartición del proceso romano en dos fases: *in iure*, ante el magistrado, y *apud iudicem*, ante el juez (p. 66). Sigue una lúcida exposición de los tres procesos que tuvieron lugar en Roma: acciones de la ley, formulario y extraordinario; interesantes son también las páginas que Ortega dedica a los remedios complementarios del proceso formulario, todas ellas destacan por una sistemática precisa, donde no falta lo esencial y se prescinde de recargar en exceso los distintos apartados tratados.

Quizá hubiera sido deseable dedicar algunas páginas al análisis del negocio jurídico, pues aunque no fuera formulado ni por los juristas clásicos ni por los justinianos sino por la moderna ciencia jurídica, a partir de la doctrina

pandectística alemana del siglo XIX, tal construcción se asienta en las soluciones concretas dadas por los juristas romanos en tema de contratos y de testamentos y resulta indudable su actualidad en la civilística.

En el capítulo IV se estudia la posesión y los derechos reales (p. 97 -215). Este capítulo encuentra su origen en una monografía titulada "Los derechos reales en el Derecho Romano", publicada en el año 1992, si bien el autor le ha dado una nueva sistemática y ha añadido una lección dedicada a la posesión. Se inicia con un interesante estudio sobre el concepto de cosa y su acotamiento en el orden jurídico, concluyendo que resulta problemático porque las exigencias sociales de cada época histórica influyen y condicionan el mundo del derecho, transformando sus instituciones (p. 99). También nos parecen muy sugestivas las páginas que el autor dedica a la clasificación de las cosas, en las que no escatima esfuerzos para presentarnos su criterio personal sobre problemas concretos y controversias deducidas a la luz de los numerosos textos citados escogidos. Se echa en falta, el apartado dedicado a los frutos, que es ya tradicional en los manuales de esta disciplina.

Muy interesantes nos parecen las consideraciones que hace el autor sobre la distinción entre, derechos reales y personales. Desde una topología de los conceptos jurídicos, señala que dicha distinción la contemplaron los juristas romanos desde el punto de vista del proceso, trasladándola al

campo de las acciones: la *actio in rem* como tutela de los derechos reales; la *actio in personam* para proteger los derechos subjetivos de obligación (Gayo 4, 2-3). La tajante separación entre ambas categorías no presenta la misma nitidez en época tardía, donde las diferencias van atenuándose progresivamente.

Respecto del concepto de propiedad, en opinión del autor, es un concepto dinámico y no estático. La génesis de la propiedad se identifica con las profundas transformaciones sociales y económicas que en su dilatada existencia sufre el Derecho romano (p. 117). Diáfana es la exposición que el autor dedica a las limitaciones de la propiedad y seguidamente a la acción reivindicatoria y a otras acciones dominicales.

En materia de ocupación, cabe destacar, a mi juicio, la precisión con la que el autor analiza tanto el concepto como los diferentes supuestos de cosas susceptibles de ocupación (pp. 148- 153).

Fruto de profundas reflexiones son las páginas que el autor dedica a la polémica institución de la adquisición del tesoro, donde una vez más se combina el rigor científico con la finalidad educativa que persigue (pp. 162-167).

La *in iure cessio* es considerada por el autor como un litigio imaginario, con finalidad negocial, tramitada a través de las formalidades prescritas en la *legis actio sacramento in rem* (p. 171).

Al tratar de la *traditio* y, concretamente del *iactus missilium*, dice el

autor que hemos de considerarlo como supuesto de *derelictio* y no de auténtica tradición, porque el propietario de los *missilia* pierde su propiedad sean o no recogidos por sus inciertos destinatarios; aún más, si alguien ajeno al acto y ausente en el momento de la *sparsio*, recogiese posteriormente alguno de los objetos lanzados, adquiriría la propiedad por ocupación, considerándolos como *res derelictae* (175). A propósito de la *iusta causa traditionis* y, concretamente si es precedente o contemporánea a la *traditio*, el autor considera junto con Miquel, que "*praecesserit*" (D. 41,1,31) debe ser sustituido por "*processerit*", y atribuye dicha alteración a un error mecánico a la hora de refundir el texto original en los manuscritos del Digesto (p. 178).

En relación con el usufructo, señala Ortega, que muy posiblemente comenzó a utilizarse a principios del siglo II a.C., como solución jurídica a la natural preocupación de un marido por asegurar a su viuda durante el tiempo que le restase de vida, unos medios económicos suficientes y dignos, respetando el derecho de sus hijos como herederos (p. 198).

El capítulo V se dedica al estudio de las obligaciones (pp. 219-305). Destaca el acertado análisis introductorio que hace el autor y que completado con lo expuesto a propósito de la distinción entre derechos reales y personales, resulta esclarecedor desde un punto de vista pedagógico. En sede de clasificación de las obligaciones, quizá hubiera sido deseable aludir a

las obligaciones ambulatorias. Así mismo, como institución con función de garantía podría quizá haberse aludido al Senadoconsulto Veleyano.

En materia de *acceptilatio* (p. 238) quizás convendría exponer con mayor amplitud que no sólo es un acto solemne y formal, sino también abstracto, con lo que ello implica tanto de forma de pago efectivo como de remisión de deuda.

Muy clara y precisa es la exposición que hace el autor sobre el mutuo, si bien, podría haberse recogido la prohibición de dar dinero en mutuo a los *fili familiae* establecida por el Senadoconsulto Macedoniano (pp.262-263).

Respecto de la ubicación de la donación en el sistema de las Instituciones de Derecho Privado, el autor opta por estudiarla como un apéndice del derecho de los contratos, porque, en su opinión, son importantes las obligaciones que de ella se derivan, y porque creemos facilitar así su comprensión y entendimiento (p. 285).

El capítulo VI y último se dedica al derecho de sucesiones (pp. 309-362). Comienza con una breve y pedagógica definición del objeto del derecho de sucesiones, para destacar a continuación la evolución del concepto de herencia desde la continuidad en la dirección del grupo familiar hasta la transmisión patrimonial de los bienes del difunto, evolución que viene impuesta por los grandes progresos sociales y la profunda transformación de las costumbres.

Con claridad y profundidad estudia el autor el problema de la *bonorum possessio*, afirma que surge probablemente con funciones supletorias y correctoras de la rigidez del primitivo *ius civile*, otorgando la toma de posesión de los bienes hereditarios a través del interdicto *quorum bonorum* (p. 313).

Me parece interesante la evolución que traza el autor de la naturaleza jurídica de la herencia yacente: originariamente los bienes hereditarios se consideraban como *res nullius*; más adelante como la continuación de la persona del difunto; y por último, como dueña, e incluso en época justinianea, como una persona jurídica (D. 40,1,22); no obstante, matiza el autor que en ningún caso llegó a tener la consideración de persona jurídica, únicamente una cierta capacidad jurídica (pp.318-319).

En materia de formas de testamento podría hacerse mención a los dos supuestos de testamento público de la época postclásica: el testamento *apud acta conditum* y el testamento *principi oblatum*.

Al estudio del contenido, nulidad y revocación, codicilos y sustituciones, se refiere el autor en los apartados siguientes. La exposición de la herencia se cierra con el tema dedicado a los legados y fideicomisos, donde una vez más hace gala de una sistemática clarísima y precisa.

Podemos decir, con satisfacción, que estamos ante un excelente manual que reúne claridad expositiva y rigor científico, que se lee con gran interés y sugiere otros muchos comentarios que no hemos podido hacer por impedirlo la forzosa limitación de una reseña.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN LA REVISTA JURÍDICA DE LA UAM

Lugar y modo de presentación: Aquellos que deseen enviar algún texto (artículos, lecciones, comentarios de sentencias y recensiones) para que sea publicado en la *RJUAM*, deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Se entregarán dos copias impresas y un disquete en la Secretaría de Derecho Romano o a cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción (también podrán ser enviados por correo electrónico a la dirección: revista.juridica@uam.es). Los originales vendrán acompañados de un teléfono o dirección de contacto del autor, así como de su dirección de correo electrónico si la tuviere. Los autores serán informados de la decisión del Consejo de Redacción aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente.

Extensión: Los originales tendrán una extensión aproximada de entre veinte y treinta folios, salvo las recensiones que serán de cuatro folios.

Idioma de la presentación: Los trabajos serán presentados en Castellano. No obstante, excepcionalmente, podrán ser enviados textos en otras lenguas (Inglés, Francés, Portugués e Italiano) que para ser publicados deberán ser traducidos al Castellano.

Estilo, tamaño de letra e interlineado: El estilo de letra será *Times New Roman* de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página y el sumario que tendrán cuerpo 10. El interlineado será de un espacio y medio.

Título: Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en *Times New Roman* versales negrita, cuerpo 14.

Autor: Debajo del título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado en *Times New Roman* versales, cuerpo 12. En nota a pie de página (a la que se hará referencia con un asterisco) se indicará la condición profesional (Catedrático, Profesor Titular, Becario de Investigación Abogado, etc.) o el grado de estudios alcanzado (Doctorando, Estudiante de segundo

ciclo, etc.) así como, cuando proceda, el Área de conocimiento (Derecho Civil, Derecho Constitucional, etc.) y en párrafo a parte, el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio profesional...). En dicha nota al pie podrá incorporarse la dirección de correo electrónico.

División del Texto: A continuación se incluirá un sumario, pudiendo dividirse, tanto éste como el propio texto, en apartados con títulos. Los títulos de los apartados irán en *Times New Roman* mayúsculas, negrita, cuerpo 12, precedidos de números romanos (éstos irán seguidos de punto sin guión en igual tipo y tamaño de letra). Los epígrafes de los apartados irán en *Times New Roman* minúsculas, negrita, cuerpo 12 y precedidos de números árabes (éstos irán seguidos de punto sin guión en igual tipo y tamaño de letra). Los subepígrafes irán en *Times New Roman* minúsculas, negrita, cursiva, cuerpo 12 (éstos irán seguidos de punto sin guión en igual tipo y tamaño de letra). Los autores podrán cerrar el texto con una relación de la bibliografía.

En la redacción del texto no debe utilizarse negrita ni subrayado, salvo en para los casos previstos en las indicaciones anteriores. Cuando se quiera subrayar o resaltar algún término o expresión se usará la cursiva.

Mención de autores y citas: Cuando se mencione a un autor en el texto sus apellidos irán en mayúsculas.

Las referencias bibliográficas de las citas realizadas en el texto, así como las citas que se hagan en nota al pie, deberán realizarse del siguiente modo:

Libros: autor (los apellidos en mayúsculas y el nombre completo en minúsculas), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto en los millares) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).

Artículos o fragmentos de obras colectivas: autor (igual que en la anterior), la obra [entre comillas («»)], la revista u obra colectiva en la que aparezca (en cursiva), el número de la revista o la edición (en el caso de obras colectivas), la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto tras las unidades de millar) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).