

diferencias y qué analogías pudieron haber visto los clásicos entre *communio* y *societas*. Es imprescindible, por tanto, desentrañar los problemas institucionales que se encierran en la frase de Gayo (III, 88): *omnis obligatio vel ex contractus nascitur vel ex delicto*.

Otro punto que continúa oscuro es el del origen de los contratos consensuales. No basta decir que proceden del *ius gentium*. ¿Cómo se pasó de un *contrahere obligationem* que se realizaba mediante alguna formalidad—*re, verbis, litteris*; aparte de la relevancia o irrelevancia del *consensus*, cuestión en la que no vamos a entrar—a la simple forma de obligarse *consensu*? Estas y otras cuestiones adyacentes laten en el fondo del estudio de cualquier figura contractual como incógnitas a resolver, pese a lo mucho que se ha trabajado en el campo de las obligaciones.

Podemos concluir afirmando que la monografía del Prof. Arangio Ruiz constituye la mejor aportación hasta hoy al estudio del contrato de sociedad en Roma. Problemas importantes son planteados y resueltos con la serenidad exegética característica del ilustre maestro, que sabe hallar, de modo singular, el claroscuro de las fuentes romanas. Su labor es un ejemplo de ponderación en la crítica, que puede servir de modelo a esta generación investigadora. Arangio Ruiz es maestro excepcional, más todavía que por su gran contribución a la ciencia romanística—con ser ésta extraordinaria—, por su *modus operandi* sobre las fuentes. Sería una gran fortuna que esta actitud científica del estimado maestro sirviese de norma para abordar, monográficamente, la mayor parte de las instituciones jurídicas romanas. Ahora, después de medio siglo de investigaciones críticas, con estudios como el que hemos reseñado, podría lograrse una visión nueva y ponderada del cuadro institucional romano.

PABLO FUENTESECA

FRANCO PASTORI: *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*. Milán-Varese, Ed. Cisalpino, 1951 (325 págs.).

Cumplimos un grato deber amistoso al dar noticia en este AHDE de la presente obra del joven romanista italiano Franco Pastori, que desempeña sus funciones docentes en la Universidad de Urbino.

Con laudable impulso de investigador aborda Pastori un tema fundamental en el cuadro de las instituciones jurídicas romanas: el concepto de *obligatio*. Hay en este hecho un mérito indudable que prueba el temple de la joven generación romanista italiana.

Hemos de observar que el libro de Pastori acaso carezca de la deseable agilidad de pensamiento que debiera animar al lector—las ideas se nos muestran un tanto lentamente desenvueltas—para seguir el hilo dialéctico de la obra, que, a veces, parece oscurecerse y diluirse excesivamente. Por esto aludiremos en nuestra recensión únicamente a la tesis central del libro y a sus puntos esenciales, sin detenernos en un análisis detallado del desarrollo de las ideas que contiene. Asimismo aludiremos a la cuestión metodo.

lógica, previa a cualquier análisis de la obra y que en este caso afecta fundamentalmente a toda la concepción de la misma. Comenzaremos, pues, por el problema del método.

El autor parte de un contraste entre los métodos histórico y dogmático, que considera, sin embargo, complementarios si no se llevan al extremo límite (pág. 13). Bajo el primero se trata de indagar cómo está representado un instituto en las fuentes particulares, tarea esencial del historiador; bajo el segundo se pretende averiguar la relación—o manifestación—que a esta representación corresponde en el complejo del derecho positivo romano, tarea ésta del jurista (pág. 14). Su estudio sobre la *obligatio* lo emprende desde ambos puntos de vista, histórico y dogmático—si bien advierte que no aplicará la dogmática moderna (pág. 15)—después de justificar su actitud del siguiente modo: No puede discutirse si la *obligatio* es un concepto dogmático o histórico, porque todo concepto «en su fijeza y estabilidad es siempre dogmático en cualquier periodo histórico»; en definitiva, esta cuestión consiste en ver si existe un concepto de *obligatio* en un momento histórico determinado, según el autor (pág. 23). No podemos aceptar como viable esta actitud metodológica que viene a distinguir una investigación histórica y otra dogmática. Su punto de vista metodológico, de acuerdo con sus afirmaciones, le llevaría a un desdoblamiento de su personalidad de investigador actuando unas veces como simplemente historiador y otras como jurista. A nuestro modo de ver, ésta es la consecuencia a que conduce esta inconcebible distinción entre un supuesto método histórico y otro dogmático en el estudio de instituciones históricas como las romanas.

Suponiendo que dogmática jurídica—idea acerca de la cual convendría ponerse de acuerdo previamente en el terreno de la terminología científica—sea el conjunto sistemático de ideas o conceptos vigentes en un periodo histórico, es preciso admitir la historicidad misma de la dogmática. ¿No es histórica la dogmática jurídica romana, sea clásica o de cualquier otra época? ¿Y para la investigación de conceptos históricos—existentes en determinada época—cabe otra actitud distinta de la de historiador? Cuestión aparte es que este historiador deba tener una preparación jurídica que le capacite especialmente para la investigación de la Historia del Derecho. Ésta es exactamente la personalidad que debe concurrir en un romanista actual, jurista-historiador del Derecho romano, desde que éste se ha convertido en Derecho histórico por la pérdida de su último gran reducto de vigencia en 1900 al publicarse el Código civil alemán. Dogmática e historia no pueden separarse al investigar un Derecho histórico. Toda reconstrucción de un Derecho pasado es investigación histórica, incluso la búsqueda de lo que suele denominarse «dogmática» de un momento de la vida de aquel Derecho. Pero quizá sólo sea lícito hablar de «dogmática» a propósito de un Derecho vigente. En este aspecto nos hallamos más próximos a las recientes ideas de De Francisci que al pensamiento de Betti. El denominado método histórico-dogmático, que resulta de la combinación de los dos métodos aludidos, nos parece un producto híbrido, resultado de una con-

fusión metodológica, que acabará por dejar de ser invocado. Esperamos que la romanística italiana, preocupada actualmente por el problema general del Derecho romano en el panorama científico—y, en consecuencia, por los inherentes problemas metodológicos—, acabará desvirtuando estas posiciones de carácter mixto.

La posición metodológica de Pastori en el libro que nos ocupa está motivada quizá por una convicción del autor, que constituye un gran acierto de enfoque del arduo problema de la *obligatio*. Su acertada convicción es la idea de considerar errónea la tesis corriente, según la cual la *obligatio* tuvo su origen en un vínculo material por el que el deudor se hallaba ligado al acreedor, respondiendo directamente con su persona. En una palabra, originariamente la *obligatio* habría sido una situación de «prisión redimible», según Betti teorizó con la mayor perfección. Esta tesis, admitida generalmente, influyó en la concepción de la *obligatio* clásica de modo esencial, porque partiendo de esta idea de un «vínculo de responsabilidad» se construyó aquella un poco al margen del carácter de *vinculum iuris* respecto a una prestación. La prestación, más que como objeto de la *obligatio* se presentaba como un medio de liberación del vínculo de responsabilidad material. Pastori señala certeramente este error de perspectiva investigadora, pero su diagnóstico no es exacto. Considera este hecho como un desplazamiento del problema del terreno dogmático al histórico (págs. 21-22), y en vista de ello pretende reconstruir los perfiles dogmático e histórico del instituto, y he aquí la raíz de su criticable posición metodológica. A nuestro modo de ver, para combatir este error o prejuicio de la investigación no hay necesidad de acudir al expediente de establecer una distinción entre un perfil dogmático y otro histórico del instituto. El único punto de vista bajo el que ha de verse la *obligatio* es el histórico, pero en éste ha de construirse sin error, sin atribuir al instituto clásico caracteres más o menos hipotéticos que corresponden, a lo sumo, a los orígenes. Hay que eliminar toda confusión entre los diversos planos históricos y ceñirse para la época clásica a las fuentes. Veamos lo que Pastori ha obtenido con la aplicación de sus puntos de vista metodológicos. De antemano podemos señalar el desacuerdo entre sus premisas y los resultados. Su perfil dogmático del instituto se limita a la época clásica, si bien en sus conclusiones lo hace válido para toda la historia del Derecho romano.

El punto de vista central, a favor del cual se dirige todo el esfuerzo del autor, es el de demostrar que la *obligatio* clásica no es un vínculo de responsabilidad. Destruyendo esta idea pretende hacer caer la supuesta relación entre la obligación clásica y la arcaica, a la vez que hace perder vigor a la idea de que la *obligatio* originaria fuese un vínculo materializado (página 37). Su conclusión, a este propósito, es la inversa: considera a la obligación originaria como un vínculo inmaterial; sólo la garantía que la sanciona asume una estructura materializada.

Para Pastori el concepto dogmático de la *obligatio* clásica se vincula al *oportere* que aparece en la fórmula de la acción personal: *dare facere*

*praestare oportere* (Gayo, 4, 2). De aquí, amplificado, resulta su concepto dogmático de la relación obligatoria (en toda época), que consiste en la situación de preeminencia del acreedor en orden a la prestación y en el correlativo deber que incumbe al deudor (pág. 306). Para llegar a esta conclusión analiza la representación del fenómeno obligatorio en las fuentes romanas (págs. 71-83). Se fija de modo especial en el deber jurídico que aparece inscrito en la situación pasiva de la relación obligatoria, punto firme de su aludida concepción dogmática. Como contenido de este deber se dirige al análisis de la prestación, esto es, del *dare facere praestare* (páginas 111-162), en el que observa, genéricamente, la presencia de un elemento personal—el comportamiento del deudor—y de un elemento patrimonial (pág. 167). Considera elemento constante de la prestación el comportamiento personal del obligado, tanto en la típica prestación de *dare*, como en la de *facere* (en la que el punto de referencia es la *perfectio* o *consumatio operis*, es decir, un resultado final, que lógicamente depende de una conducta personal) y en la de *praestare* (respecto a ésta con apoyo en D. 21, 2, 31). Señala para confirmación de la exigencia de un comportamiento personal como elemento constante de la prestación el hecho de que el requisito de la posibilidad de ésta se considera en relación a la posibilidad física o jurídica de concebir, en abstracto, un comportamiento personal realizable; así, D. 45, 1, 137, 5; D. 45, 1, 38 pr. y 1-2. *Dare facere praestare* aluden, no sólo terminológicamente, sino substancialmente, a un comportamiento personal y, por tanto, cuando estas expresiones son objeto de un *oportere* éste no alude a una abstracta *necessitas*, sino a la que viene referida al aludido comportamiento, es decir, a la idea de deber jurídico (cfr. páginas 180-184). No obstante este punto de vista, no desconoce el autor el aspecto objetivo, la objetivación de la prestación que las fuentes romanas ponen de manifiesto, sino que la ve a través del carácter de síntesis que la misma prestación implica. El pensamiento de la jurisprudencia, afirma (página 233), no separa el acto del deudor del resultado. Así interpreta D. 22, 1, 4, en que se dice que lo que el deudor debe, es decir, la prestación, comprende tanto el *factum rei promittendi*—el acto del deudor—como el *effectum per traditionem dominii transferendi*—resultado a que tiende el acto (página 233). Hace un interesante análisis de la prestación en su perfil objetivo (págs. 207-217); éste lo halla tipificado en la expresión *debitum* que hace referencia a lo debido, al objeto del deber, entidad económicamente apreciable: el comportamiento aparece objetivado en el resultado (páginas 216-217). Como corolario al estudio de la prestación presenta Pastori una contraposición entre la relación obligatoria y la real reducida a una línea quizá excesivamente simple. En la relación obligatoria existe una expectativa en orden a un bien, mientras en la real la relación con el bien es directa. Para alcanzar éste, en las relaciones reales, se presenta lógico tender a él directamente con la *actio in rem*: el objetivo se alcanza independientemente de la intervención del sujeto pasivo. En las relaciones obligatorias, al contrario, como existe una persona que con su comportamiento debe actuar de modo que se logre el bien, no se puede hacer otra cosa que

actuar contra la persona para tutelar al titular de la expectativa (págs. 232-236). Hasta aquí puede decirse que se halla la parte más interesante de la obra de Pastori.

Resulta muy sugestivo el análisis de la prestación que el autor realiza, no sólo por la amplitud y minuciosidad con que lo lleva a cabo, sino también porque halla en aquélla uno de los aspectos fundamentales para llegar a la comprensión del concepto de *obligatio*. La afirmación que lleva al autor al aludido análisis es, seguramente, el logro más importante de toda la obra: que la esencia de la *obligatio* ha de verse en el *dare facere oportere* (página 39). Ciertamente, a través del *dare facere oportere* ha de lograrse el esclarecimiento del concepto clásico de *obligatio* y, también, los orígenes históricos de ésta. Pero el autor, después de señalar este camino—lo que constituye un mérito indudable que deseamos hacer resaltar debidamente—, se ha entretenido y desviado de la ruta emprendida. Era preciso continuar por el camino de la *actio* sancionadora de *obligationes* sin perder de vista la fundamental afirmación de Gayo, 4, 2: *obligatus est... id est dare facere praestare oportere*. Esta aseveración gayana—que el autor recoge, pero que sólo ve en ella el núcleo de la relación obligatoria, que encierra un deber en orden a la prestación—constituye una de las claves para la reconstrucción de la *obligatio*. Es indudable que ésta existía cuando se podía actuar con una *actio* cuya fórmula encerraba un *dare facere praestare oportere*. De estas características es la acción denominada *condictio*, probablemente *actio* típica personal, de la cual surgieron las demás, que acaso tuvo aplicación en un amplio campo, el del *creditum*. La identificación de este campo y de su acción—que sin duda llevaría en su fórmula: *dare facere oportere*—coincidirá con el ámbito de la primitiva *obligatio*. Probablemente las primeras *obligationes* civiles se habrán dado en el terreno del *creditum* de donde proceden las denominaciones *creditor* y *debitor*. Acaso ésta sea la vía por donde puede alcanzarse una primera manifestación del concepto de *obligatio*. Por este camino acaso puedan lograrse resultados insospechados si se utilizan los fecundos horizontes que ofrece. Así, por ejemplo, si se piensa que según la concepción de la *stipulatio* de A. Segré ésta fue en sus orígenes una obligación contraída por entrega del *stipulum* en forma de mutuo de éste, acaso se logre una explicación de la identidad de sanción que significa la *actio certae creditae pecuniae*. Incluso pudiera ser éste otro camino que nos llevase al campo común del *creditum*. Todo esto, sin embargo, son hipótesis que pueden ser viables, pero que en todo caso han de hallar su viabilidad en las fuentes. Con lo expuesto señalamos un punto de vista a seguir en su día, que lamentamos no haya sido seguido por el autor. De todos modos, ha dado un paso importante en este sentido al combatir la afirmación según la cual el *oportere*—deber que tiene por objeto un *dare facere praestare*—no constituye una *necessitas*, sino que representa una carga del sujeto pasivo en orden a su liberación del vínculo de responsabilidad: éste sería el núcleo de la *obligatio* (pág. 40). Corresponde a Pastori el mérito de haber combatido con éxito esta errónea

visión, configurando, consecuentemente, el concepto de la *obligatio* clásica como deber jurídico del deudor de realizar la prestación.

Después de este análisis en busca del concepto dogmático de la *obligatio*, el interés de la obra decae un tanto. Sus ideas reconstructivas acerca de la *obligatio* primitiva se nos muestran menos convincentes, si bien se mantienen dentro de un criterio no materialista respecto a la concepción originaria de aquella, criterio que acaso sea hoy el más aceptable. Pero antes de referirnos a esta última parte de la obra, queremos aludir a su concepto de la relación obligatoria dentro del *ius honorarium*.

Observa con acierto el autor que el perfilar las relaciones bajo el aspecto procesal no es peculiaridad del *ius honorarium*, si bien en éste se muestra más visible. También en el *ius civile* queda en la sombra con frecuencia el aspecto substancial y, así, la *obligatio* viene perfilada a través de la *actio in personam* (pág. 246). Intenta desentrañar el fenómeno jurídico que se halla en la base de las relaciones pretorias y aborda, con este fin, la relación entre *actio* y derecho subjetivo. Para el autor no puede hablarse de prioridad lógica entre ambos; ésta corresponde a la norma (pág. 251). *Actio* y derecho subjetivo no se conciben la una sin el otro desde el punto de vista lógico; desde el punto de vista histórico, en cambio, es admisible la prioridad de la *actio* en algunos casos. Y habida cuenta de que los romanos enfocan las relaciones más bajo el aspecto procesal que substancial, tanto en el *ius civile* como en el *ius honorarium*, concluye afirmando una analogía substancial en las relaciones obligatorias de ambos ordenamientos: en sustancia, el fenómeno jurídico obligatorio consistente en un deber del deudor en orden a la prestación se halla tanto en la *obligatio civilis* como en la honoraria (pág. 270; cfr. págs. 237 y sigs.). A estas ideas del autor tenemos que objetar que esta mínima analogía se da entre cualquier institución vista paralelamente a través del *ius civile* y del *ius honorarium*, porque al fin se trataba de dos ordenamientos jurídicos cuya disparidad no era radical. Ha reducido el supuesto perfil dogmático de la *obligatio* a una línea tan precisa—supremacía del acreedor frente a un correlativo deber del deudor en orden a la prestación—que forzosamente se aprecia en institutos paralelos de ambos ordenamientos. Este mismo hallazgo de una supuesta coincidencia dogmática tan tenue prueba, precisamente, la inconsistencia del supuesto dogma, que resulta un tanto convencional. Tal como lo concibe el autor, se nos aparece más claramente quizá en el *ius honorarium*, porque ¿qué duda cabe que el deber del deudor en orden a la prestación se manifiesta mejor en el perfil procesal de las relaciones obligatorias del *ius honorarium*? Por último, respecto a la concepción de la *obligatio* primitiva niega su estructura materializada, de acuerdo con los puntos de vista mantenidos a propósito de la *obligatio* clásica. Argumenta certeramente frente a la idea del supuesto *obligatus* cautivo, sosteniendo la incompatibilidad de ésta con la *manus injectio* y con el *nexum*, aparte de otros argumentos. No la *obligatio*, sino la garantía asume una estructura materializada. *Obligatus* era el tercero que se hallaba en situación de prisión con

función de garantía. La *obligatio* fué siempre una relación idealizada y no se transformó su núcleo—la relación entre acreedor y deudor en orden a la prestación—, sino el modo en que viene sancionada la relación en las diversas fases. Después pasó a llamarse *obligatus* el deudor mismo en vez del tercero garante.

El autor ofrece quizá poco desarrollo a la tesis espiritualista al omitir las diversas teorías en este sentido: por ejemplo, las ideas de Huvelin. Indudablemente, podía ofrecernos mayor documentación bibliográfica en este aspecto. Discrepamos radicalmente acerca de la interpretación del pasaje de Varrón: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*. Supone el autor que eran dadas en garantía una *filia* o bien *pecunia*, quedando obligadas en poder del acreedor. Probablemente el pasaje se refería a la *sponsio* como vínculo mágico-religioso, con ritos solemnes que obligaban al actor, tanto en las promesas pecuniarias como en las matrimoniales. (Vid. recientemente, Düll, ZSS. 68, 1951.)

Con lo expuesto queda suficientemente de relieve el contenido esencial de la obra de Pastori, que ha realizado un valioso esfuerzo para arrojar nueva luz acerca del discutido tema de la *obligatio*. Su labor se nos presenta notablemente constructiva respecto a la *obligatio* clásica, y habrá de ser tenida en cuenta en cualquier estudio ulterior del tema porque significa un enfoque original de la cuestión.

PABLO FUENTESÇA

LUIGI AMIRANTE: *Captivitas e postliminium*. Napoli, Jovene, 1950 (XII + 210 págs.).

El arduo problema del *postliminium* es abordado por Amirante con intención de dejar claramente sentada su evolución. Es conocida la dificultad de perfilar esta institución en sus caracteres originarios para seguir después sus transformaciones. El tema ha sido objeto de literatura reciente desde aspectos parciales, en gran parte, y ahora el mérito de Amirante radica en haber intuido a través de todas las investigaciones precedentes una línea aclaratoria, que es la siguiente: La *captivitas*—admite sin vacilación (1)—provoca una *capitis deminutio* del *captivus*, que pierde mediante aquélla la *civitas libertasque*. Como instituto aparte se daba el *postl.*, según el cual resurgía el *status* fundamental de la *civitas libertasque*—no quizá todos los derechos—del *captus ab hostibus* mediante el retorno *in civitatem*. Durante la época republicana se había operado con la *spcs postliminii*, fermento de evolución del *postl.* Así, cuando los dos institutos—*captivitas* y *postliminium*—se mantenían aislados el uno del otro, surge la *lex Cornelia* conteniendo la

(1) Vid. contra: C. GIOFFREDI *Sul ius postliminii* (SDHI, 16, 1950, 31 ss.). En este estudio, coetáneo de la obra de Amirante, se rectifican posiciones de éste, sin duda excesivamente reconstructivas, en cuanto nos mostraban con líneas demasiado fútiles una compleja evolución histórica.