

III

EL NUEVO «DERECHO POST-CLASICO» DE KASER

En la bibliografía romanística actual ocupa un lugar preponderante el «Handbuch» de Max Kaser (dentro del conjunto de tratados de distintos campos de la «Altertums-Wissenschaft» fundado por Iwan Müller): *Das römische Privatrecht*. Consta esta obra de un primer tomo sobre derecho romano arcaico, pre-clásico y clásico, en su segunda edición (1971), de un segundo volumen sobre derecho post-clásico, cuya segunda edición ha aparecido recientemente¹, y de un tercer volumen (aunque independiente por su título: *Das römische Zivilprozessrecht*) sobre el procedimiento civil romano clásico y post-clásico (1966). A pesar de que el autor, ya «emérito», conserva una admirable lucidez y capacidad de trabajo, parece haber renunciado a nuevas revisiones totales de estos volúmenes. Esta impresionante obra, es hoy el libro de consulta cotidiana, y una guía imprescindible, también por su completa bibliografía, para cualquier investigación de Derecho Privado Romano.

Desde el fin de la Pandectística, aunque han seguido apareciendo manuales escolásticos más o menos amplios, no se hacen ya tratados propiamente dichos, y este «Handbuch» de Kaser constituye un unicum. En la primera mitad de nuestro siglo se dio una feliz coexistencia de grandes romanistas, sobre todo en Italia —donde sigue naciendo la mayoría de los actuales—, pero ninguno llegó a hacer un gran tratado de nuestra disciplina. El gran Mitteis —una figura fundacional del romanismo moderno— dejó un torso de lo que podía haber sido un tratado², y el insigne Bonfante culminó el género de «Corsi» con el suyo³; pero los «corsi» —frecuentes entre los italianos por el especial condicionamiento de la enseñanza de «Diritto romano» en forma monográfica, al lado de las «Istituzioni» y de la «Storia»— no son propiamente «tratados», sino series de lecciones, que, a pesar de la cuidada revisión de que son objeto antes de la publicación, se resienten siempre de la forma oral que los engendró. Así, después de los últimos tratados de Pandectas como el de Windscheid, los romanistas no

1. MAX KASER, *Das Romische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen* (Beck, München, 1975).

2. LUDWIG MITTEIS, *Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians I* (1908).

3. PIETRO BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (1925-1933).

vuelven a escribir nada similar, y sólo el «Handbuch» de Kaser ofrece algo comparable. Esto, por sí solo, justifica la admiración rendida que todos los romanistas tenemos por esa obra, pues es ese un mérito que no debemos olvidar cuando comparamos la personalidad científica de Kaser con la de sus contemporáneos, autores de monografías o de manuales, incluso con aquellos con los que aparece Kaser asociado bajo el rótulo de «grandes». Y, en verdad, no es injusto distinguir algunos «grandes», pues las promociones siguientes a esa que nació a principios de siglo no presenta ya figuras tan destacadas. Quizá esta desaparición de las grandes figuras no sea exclusiva de la romanística, sino general, y, no sólo de la ciencia, sino de otras muchas manifestaciones más de la vida, pues es bastante cierto que el espíritu humano parece haberse empobrecido muy sensiblemente después del primer tercio de nuestro siglo. De hecho, todas las grandes ideas y personajes pueden datarse antes de ese límite cronológico, aunque las consecuencias prácticas de aquellas ideas se hayan multiplicado y potenciado después, y aquellos personajes hayan prorrogado más años su existencia, incluso hasta nuestros días.

Todo esto me parecía necesario recordar para dar al lector la justa dimensión de la obra que comentamos: se trata de una última edición de una de las últimas figuras, quizá ya epigonal, de una brillante romanística cuyo próximo renacimiento no es previsible. Independientemente de la suerte que pueda tener la enseñanza universitaria del Derecho Romano —ésta, muchas veces en pasajeras crisis, que resultan superables— la ciencia romanística parece haber entrado ahora en una «edad oscura». Quizá en España, precisamente por la falta de una tradición aceptable, esta decadencia actual resulta menos perceptible, y podamos tener la impresión de un florecimiento inusitado, como puede ocurrir también en algunos países hispano-americanos.

Esta nueva edición del vol. II de Kaser (II²) no es una simple revisión de la anterior (II¹), sino que está totalmente rehecha. Es admirable comprobar el esfuerzo del autor por revisar todos los datos, por renovar la redacción y completar la bibliografía (hasta 1974), sin dejar de volver siempre a las fuentes. Se ha tenido cuidado de conservar fundamentalmente el orden de materias (como se ve inmediatamente en el índice sistemático) y el número de párrafos (§§ 192-300), que prosigue la numeración del vol. I, pero ya el número muy aumentado de páginas (567 en lugar de las 398 de II¹) señala el enriquecimiento interno de esos párrafos (con su letra pequeña y abundantes notas), que ha llevado a una mayor subdivisión de los mismos⁴. A ese número de pá-

4. Un detalle de cambio tipográfico ha consistido en la acertada utilización de la cursiva para las palabras latinas del texto.

ginas hay que añadir todavía el índice alfabético de materias y el de fuentes (pp. 615-680), pero, sobre todo, unos «Nachträge» (con rectificaciones y bibliografía) al vol. I² (pp. 569-613). Este suplemento hace que quien consulte el vol. I² deba acudir también a este II², y no sólo al suplemento, sino también a las notas de todo el libro, a las que frecuentemente se remite ese suplemento.

Como decimos, la sistemática de este volumen de derecho post-clásico sigue siendo la del volumen anterior, es decir, la de la tradición pandectística, que ha ejercido un poderoso influjo, no sólo en Alemania, sino en otras áreas de la cultura jurídica. Reconoce Kaser (p. I s.) que esta sistemática no puede menos de resultar poco ajustada a un derecho esencialmente casuístico como es el romano⁵, pero cree que cualquier otro orden sistemático —incluso el del mismo Gayo— adolecería del mismo defecto. Esto es verdad, pero sólo en cierta medida, pues un orden sistemático como el de la Pandectística resulta más extraño y coactivo que otro quizá menos estructurado y más próximo a algunos órdenes que nos ofrece el mismo derecho romano, como es el orden edictal, que trascendió a la misma compilación de Justiniano.

Como en la edición anterior, una primera parte comprende la introducción y dos capítulos dedicados respectivamente al «derecho, ordenamiento jurídico y capacidad jurídica» y a los «negocios jurídicos». Luego, una segunda parte sobre el «derecho de personas y familia» (personas, esclavos y otros subordinados, corporaciones y fundaciones, matrimonio, patria potestad y parentesco, tutela y curatela); una tercera sobre «derecho de cosas» (posesión y propiedad, derechos reales de aprovechamiento y garantías reales); una cuarta sobre «derecho de obligaciones» (generalidades, contratos y cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, extinción de las obligaciones, cambio y pluralidad de sujetos); y una quinta y última parte sobre «derecho hereditario» (sucesión testamentaria, intestada y forzosa, en una primera sección, y otras dos secciones sobre adquisiciones y defensa de la herencia, legados y otras adquisiciones «mortis causa», respectivamente). Por tanto, «parte general», con su sección sobre el «Rechtsgeschäft» y una «parte general de obligaciones», además de la atracción de la donación (§ 265) a los contratos (entre el de compraventa y el de locación). Como es ine-

5. Este carácter casuístico vale, a pesar de la abundante legislación post-clásica, para el mismo derecho de Justiniano, pues aquella legislación, aunque contradictoria muchas veces con la tradición, no se preocupa por armonizar el resultado, y por eso el derecho de Justiniano no es más fácil de exponer sistemáticamente que el anterior: sigue siendo un ordenamiento "tópico" es decir, de soluciones casuísticas (p. 38). Lo que ya no me parece tan claro es que el romanista no deba resolver de algún modo las contradicciones abiertas o encubiertas (p. 49), pues el romanista a diferencia del simple historiador del derecho, es ante todo, un jurista.

vitabile, en estas «partes generales» se anticipan datos de las especiales que siguen, lo que, en mi opinión y experiencia docente particular, tiene más inconvenientes que ventajas, pero que puede resultar más admisible en un «tratado» extenso como éste que en un manual escolar. Con todo, hay que reconocer que, si bien es verdad que no podemos menos de utilizar una terminología moderna para explicar un derecho histórico, la sistemática pandectística es algo más que un lenguaje imprescindible: es un orden mental moderno que no puede menos de falsear profundamente los conceptos romanos, incluso los de la época post-clásica.

Por lo que se refiere al límite de separación entre lo clásico y lo post-clásico, Kaser parece decidido a prescindir de la distinción de una fase intermedia del 235 a Diocleciano, que Wieacker llama «epiclásica». Es verdad que, según Kaser (p. 18 ss.), los rescriptos de esa época (235-305) muestran una decidida voluntad para conservar el material, los métodos y el nivel clásico, y por desarrollarlo en puntos concretos; que Diocleciano, aunque esté entre lo antiguo y lo nuevo, resiste a los influjos greco-orientales; que sus innovaciones armonizan bien con lo clásico, de modo que, en lo que al derecho privado se refiere, «la línea clásica se conserva y continúa»; pero, con todo, esa época —ya se decía en II¹ p. 13— debe ser reconocida como post-clásica, como primera etapa post-clásica: «frühnachklassische», pues con ella la verdadera jurisprudencia ha desaparecido y se observa un proceso de simplificación rudimentaria y reelaboración escolástica. Así, la época post-clásica va del siglo III al VI d. C. Esta delimitación cronológica aparece ya en el prólogo de II¹ (p. IX), pero ahora figura colocada en una posición más liminar (p. V), en referencia al «nachklassisch» del subtítulo de la obra. Así, aunque con cierto tacto, parece desmentirse más decididamente la idea de que la época post-clásica empieza con Constantino por aquello de que Diocleciano es todavía clásico. Hay más: en II¹ p. 4 el vulgarismo se presentaba como un fenómeno post-diocleciano, en tanto ahora (p. 5) se dice más acertadamente que el vulgarismo se introduce «desde la desaparición de la jurisprudencia clásica», aunque, como es evidente, sólo se resiente de él la legislación a partir de Constantino, pues antes de él no hay propia legislación, sino la actividad de rescriptos, que, como queda dicho, Kaser considera conservadora de lo clásico.

También aparece una relativa rectificación del pensamiento de Wieacker, al admitir Kaser (p. 9 s.) la presencia de ideas, al menos generales⁶, del derecho helenístico en la reelaboración que de las obras de la jurisprudencia romana hacen los escolásticos

6. Cfr. p. 33, donde se niega la introducción de reformas concretas por las escuelas orientales, aunque a veces parece admitirlas.

orientales. En efecto, la negativa de Wieacker de tales posibles influjos helenísticos, y reducción de todas las alteraciones a las puramente vulgares o incluso mecánicas de fines del s. III, supone una simplificación excesiva de la historia de la transmisión de los textos, y, como he repetido en muchas ocasiones, hay que contar, después del estrato A —para seguir el análisis de Levy sobre las *Pauli Sententiae*—, con otro estrato B, datable a finales del s. IV, en el que tales influjos helenísticos son posibles, y, en mi opinión, incluso los ecos de la legislación imperial del s. IV, de modo que el vulgarismo habría incidido más directamente en las alteraciones del estrato A, pero también en las del estrato B.

Una notable ampliación puede observarse en el § 193 relativo al vulgarismo: pp. 17-31, frente a las cinco páginas de II¹ 7. Kaser entiende el vulgarismo como el resultado de la intromisión de juristas legos en el derecho creado por una cultura refinada como la de la jurisprudencia clásica (p. 18). Esta intromisión se produjo en dos momentos principales: primeramente, al extinguirse la Jurisprudencia clásica, en el siglo III, y luego, al acusarse las nuevas ideas legislativas de la era constantiniana, cuando los profesionales del derecho y el mismo legislador se dejan invadir por concepciones populares (p. 22 s.). Conforme con Wieacker, sigue creyendo Kaser (p. VIII, cfr. p. 27), que, gracias a ese rebajamiento de la tradición jurídica romana que se opera en los últimos siglos de la antigüedad, fue posible la continuidad medieval que facilitó luego la recepción culta del derecho romano. En todo caso, el vulgarismo no consiste en simple praxis, ni es un derecho consuetudinario legalizado, sino que caracteriza todo el derecho de la época (p. 30 ss.).

Es cosa muy sabida que así como el derecho clásico está en estrecha relación con el procedimiento formulario, el derecho post-clásico lo está con el cognitorio, que, por coexistir inicialmente con el ordinario de las fórmulas, suele llamarse «extraordinario». Se comprende que la determinación del fin del procedimiento formulario no puede menos de tener relevancia en una explicación del derecho post-clásico. Kaser admite (p. 21) que en esta época que empieza el 235 el procedimiento formulario se practica todavía, pero en una forma «degenerada», y esta manera de expresar su pensamiento resulta menos clara si tenemos en cuenta que en II¹, en ese mismo lugar (p. 15), decía que en esa época «el procedimiento formulario estaba ya en desuso, al menos en las provincias». Este cambio quizá no se debe tanto a una convicción del autor sobre la subsistencia, aunque sea en forma «degenerada», de las

7. Una versión más amplia de la actual posición del autor respecto al tema se puede esperar de un artículo "Zum Streit um das spätrömische Vulgarrecht", en *ANRW*. 3.

fórmulas cuanto a una mayor duda sobre la vigencia del procedimiento formulario en las provincias que hubiera podido caer en desuso en el siglo III. En efecto, mientras en II¹ p. 12 recordaba que «finalmente, en el año 342, las fórmulas fueron suprimidas como "artificio de sílabas"», reconoce ahora (p. 17) que «el proceso formulario, en su forma originaria, había desaparecido mucho antes de que las complejas *formulae* de la jurisprudencia clásica, fueran legalmente suprimidas en el año 342 como "artificio de sílabas"», una idea que se repite en p. 65, de acuerdo con lo que se decía en II¹ p. 42. En qué medida este procedimiento ordinario «degenerado» no es simplemente ya cognitorio, no se aclara en esta ocasión, pero el autor parece propender a la idea de una como transformación insensible del procedimiento formulario en cognitorio. Tiene interés, en este sentido, el nuevo trozo de letra pequeña que introduce en p. 17 a propósito de la flexibilización del procedimiento formulario mediante generalización de algunos principios propios de las fórmulas de buena fe, y de otros principios propios de la *cognitio*. Esto es posible, pero no resulta suficiente para explicar el tránsito, ya que las nuevas jurisdicciones actúan desde un primer momento con procedimiento cognitorio sin más, y la jurisprudencia no puede dejar de pensar en ellas cuando se trata de materias de su competencia. Pero, sobre todo, la realidad provincial. En II¹ p. 12, Kaser decía que el cambio de procedimiento era observable «sobre todo en las provincias», con lo que venía a reconocer la anterior vigencia de las fórmulas en provincias; ahora, en cambio, precisa más (p. 17): «En varias provincias, como en Egipto, es evidente que desde el principio no hubo proceso formulario, sino cognición magistradual. En las otras provincias, se introdujo, como también en Roma y en Italia, este procedimiento desde Augusto, como *extraordinaria cognitio* junto al proceso formulario». Ya en II¹ p. 42, y ahora p. 65, Kaser reconoce que nunca hubo procedimiento formulario «en una parte de las provincias imperiales», lo que supone cierta adhesión a la teoría que distingue, también a estos efectos, entre provincias «imperiales» y «senatoriales», pero la verdad es que el pensamiento del autor no parece muy decidido en este punto. Para mí, nunca hubo procedimiento formulario en provincia alguna, y por ello no cabe hablar de desuso del mismo en las provincias; en consecuencia, la mayor presencia de la realidad provincial en la elaboración del derecho de la última época clásica hubo de favorecer decididamente, entre los juristas, la consideración de la *cognitio*, que campea ya como único procedimiento desde los comienzos de la época post-clásica. No hay así, en mi opinión, un procedimiento formulario «degenerado», sino un progreso avasallador de la cognición oficial, que viene a desplazar al procedimiento formulario. Esta desaparición de las fórmulas, junto a la desaparición

de la jurisprudencia, fenómenos concomitantes, son los que determinan la formación del derecho post-clásico mucho antes del cambio producido por la legislación constantiniana.

La comparación de las ediciones, que nos ha permitido subrayar algún matiz nuevo en el pensamiento de Kaser, viene a resultar útil para detectar una diferencia que todos esperábamos de esta nueva edición: una reacción conservadora contra la crítica de interpolaciones.

Esta reacción no es cosa nueva entre los romanistas. Las primeras «campanadas» fueron dadas ya hace unos cuarenta años, sobre todo por Riccobono, pero la tónica se generalizó después de la Guerra Mundial, como ya se pudo percibir en el primer congreso internacional de post-guerra, de Verona, en 1948. Esta actitud ha ido en aumento, sobre todo entre los más jóvenes romanistas alemanes, y el papel de Kaser en esta tendencia no puede ser olvidado, aunque deba reconocerse la ponderación y prudencia con que Kaser ha tendido a defender posiciones menos críticas que las anteriormente sostenidas. Ya en el prólogo (p. IX s.) se enuncia lo que ha sido una línea directriz de la revisión de este libro: la reconducción de ciertas contradicciones textuales (que solíamos ver como resultado de una labor interpolada incompleta) a la controversia de los mismos juristas clásicos. Pero el autor se mantiene en una «línea media» (p. X) entre los excesos de la crítica (que culminaron en los años 30) y la obstinada anti-crítica favorecida por algunos romanistas más jóvenes⁸.

Para el lector que no esté en condiciones de buscar con más tiempo las aplicaciones concretas de las premisas del autor es aconsejable la lectura de la introducción (p. 3-52), que, profundamente renovada, ofrece un cuadro completo de las ideas del autor a propósito del derecho romano post-clásico, sobre concepto, método y fuentes (un poco a la manera de las «memorias» de nuestras oposiciones a cátedras), y forma un todo que sería publicable (y traducible) separadamente. Pero, para señalar algunas diferencias en el nuevo giro conservador de Kaser, voy a hacer algunos cotejos entre las dos ediciones; prescindiremos de los cambios detectables en los «Nachträge». Como se entiende fácilmente, esta comparación no es ni mucho menos completa, y aun se puede tachar de arbitrariamente seleccionada por el interés

8. En apoyo de esta especial consideración de las discrepancias entre los clásicos como medio de evitar el recurso a la crítica de interpolaciones apunta KASER (p. XI) la conveniencia de buscar reflejos de tales controversias en los comentaristas orientales (Basilicos, con sus escolios), con lo que se podrían disipar algunas sospechas de «innovaciones orientales», pero en este sentido la nueva edición no ofrece resultados perceptibles, por cuanto el uso de esas fuentes orientales es aproximadamente el mismo de la edición anterior.

del reseñante sobre determinados puntos de la exposición. Tampoco cabe esperar una crítica de estas nuevas posiciones del autor.

Los retoques por los que se han introducido los nuevos puntos de vista son a veces muy tenues, y podrían pasar inadvertidos al lector menos atento, pero suelen tener siempre mucho fondo. Quisiera mostrar visiblemente algún ejemplo de esta técnica de renovación profunda pero casi imperceptible: la relativización de la innovación de Justiniano respecto a la *vindicatio utilis* (prescindiendo de las notas).

II¹ p. 214

«Justinian schafft, der oströmische Schulen folgend, für manche neuen Fälle eine "rei vindicatio utilis", teils zur Rückholung des im nachklassischen Recht anerkannten Eigentums auf Zeit, teils auf Surrogate, die an Stelle des Eigentums oder an die Stelle einer zu fordernden Geldsumme getreten sind. Auch insoweit wird der Charakter der rei vindicatio als einer Klage zur Verfolgung des Eigentums zum Teil preisgegeben.»

II² p. 296 s.

«Justinian vermehrt die Anwendungsfälle einer *rei vindicatio utilis*, namentlich zur Zurückholung von Sachen in Fällen des im nachklassischen Recht nun allgemein anerkannten "Eigentums auf Zeit", ferner auf Surrogate, die an Stelle einer zu fordernden Geldsumme getreten sind.»

En letra pequeña: «Auch in den zuletzt genannten Fällen wird der Charakter der *rei vindicatio* als einer Klage zur Verfolgung des Eigentums preisgegeben.»

Una lectura rápida impediría ver que Kaser admite ahora el origen clásico de la *vindicatio utilis* para casos de revocación real, y que, en consecuencia, la degeneración de la reivindicatoria por obra de Justiniano no es para él tan absoluta como le parecía hace años. En la nota 38 sostiene ahora Kaser (expresamente en contra de Valiño) que no todos los casos de tal *vindicatio utilis* son atribuibles a Justiniano; la defensa se centra propiamente en D. 39,6,29 y 30, donde se trata de una donación «mortis causa». Kaser cree (vid. p. 567 n. 4) que debe de haber una base clásica en este caso, y que no podía proceder la *condictio*, que es precisamente la acción diríamos «revocatoria» que los clásicos admitían en los supuestos de *datio ob causam* como es éste de una donación «mortis causa» en la que ha fallado la previsión de muerte y la propiedad ya adquirida resulta retenida sin causa por el donatario, siendo así que la verdadera reivindicatoria sólo pro-

cedía en caso de construir la donación «mortis causa» como donacional condicional⁹.

Otro ejemplo, de retoque casi imperceptible, en una nota, pero que refleja un cambio importante de opinión del autor, tenemos a propósito de la adición de herencia por *nuda voluntas*:

II¹ p. 373 n. 15

II² p. 526 n. 22

Después de citar las leyes del siglo IV:

«Vgl. ferner Inst. 2,19,7 mit Gai. 2,167; 169.»

Al final de la nota correspondiente:

«Hierin setzt sich eine bereits klassische Tradition fort, vgl. Gai. 2,167,169, insoweit übernommen in Inst 2,19,7.»

Donde Kaser se remitía a las Instituciones de Justiniano, y a propósito de ellas citaba, sin especial valoración, el texto gayano precedente, se reconoce ahora nada menos que de «tradición clásica» de la *nuda voluntas* que Justiniano no habría hecho más que seguir en sus Instituciones. Con un mínimo cambio, toda una teoría crítica abandonada.

Sería excesivo mostrar con este método de cotejo de las dos ediciones las innovaciones de la nueva que reflejan un giro anti-crítico de Kaser; me limitaré así a una simple enumeración, siguiendo fundamentalmente el mismo orden del libro, de unos pocos lugares.

El *animus nocendi* respecto al abuso del derecho, que en II¹ p. 41 se insinuaba como doctrina cristiana post-clásica (siguiendo a Pringsheim y Rabel) se reconoce ahora (p. 63, cfr. n. 5) como «nicht unklassisch»¹⁰. Porque, en general, la doctrina del *animus*, que, en II¹ p. 58, se presentaba como un aspecto del «nachklassische Willensdogma», se dice ahora (p. 87 s.) que tan sólo fue «in weiten Bereichen der Rechtsordnung stärker hervorgehoben». Y así, el *animus novandi*, que en II¹ p. 58 y 325 tenía el mismo carácter post-clásico, se admite ahora (p. 89 y 450 n. 9 i. f.,

9. Sobre el rescripto CJ. 8,54,1 no parece tener KASER (p. 98 n. 29) tanta confianza, pero, por ser ya post-clásico, la discusión sobre él es menos relevante.

10. Sería uno de los aspectos de la «Ethisierung» por influjo cristiano. Aunque Kaser (p. 63 n. 4) sigue considerando insuficientes (cfr. II¹ p. 41 n. 5) los testimonios aducidos por Biondi, no creo que pueda soslayarse la importancia radical del texto paulino (I *Timot.* 1,8) «*bona est lex si quis ea legitime utatur*», que tiene además la virtud de poner la cuestión en sus verdaderos términos de «abuso de la ley». Sobre los influjos cristianos en el derecho de obligaciones ha introducido Kaser un trozo especial (VII) al final de la introducción del tratado de obligaciones (§ 253).

cfr. II¹, p. 325 n. 7) como clásico, pues no todos los textos que lo exigen son interpolados (p. 450 n. 9 i. f., cfr. II¹ p. 325 n. 7); y lo mismo respecto al *animus aliena negotia gerendi* (p. 418), que, según II¹ p. 302, era una innovación de la escuela oriental.

La *naturalis possessio*, dice ahora Kaser, no siempre es post-clásica (p. 253; cfr. II¹ p. 182), lo que me parece correcto.

En el principio de supeditación de adquisición de la propiedad por el pago del precio, la posibilidad del *fidem sequi* deja (p. 284) de considerarse como una desvirtuación justiniana de la regla (II¹ p. 204). También yo, considero clásico el *fidem sequi* (como puntualmente hace constar el a. en n. 82), pero propendo a relativizar el efecto de ese principio; vid. mi DPR³ § 171.

El pacto, en la venta por el acreedor pignoraticio, para que el pignorante pueda retraer la cosa mediante pago del precio se admite ahora (p. 319), contra II¹ p. 232 s., como «quizá clásico», aunque se duda (n. 7) de la reivindicatoria o de la acción *in factum* de D. 13,7,13 pr. i. f., que en II¹ se excluía decididamente como no-clásica.

El carácter de buena fe de las acciones clásicas *commodati*, *pigneraticia*, *rei uxoriae* y divisorias¹¹ parece ahora aceptable (p. 333 n. 14), aunque sus fórmulas no contuvieran la expresión *ex fide bona*, en tanto esto parecía discutible en II¹ p. 244 n. 14. En realidad, el carácter clásico puede admitirse ciertamente respecto a la *a.rei uxoriae*, que Gayo (4,62) incluye en su lista (completa) de *iudicia bonae fidei*, como también, indiscutiblemente, respecto a la *a.fiduciae*, que tampoco tenía la frase «*ex fide bona*», pero que no admitiría el carácter de buena fe de las acciones del comodato y la prenda (que, para mí, fueron siempre *in factum*), ni tampoco el de las acciones divisorias, las cuales tan sólo aparecen como de buena fe en la lista de Justiniano (Inst. 4,6,28). En la medida en que las acciones divisorias son *tam in rem quam in personam* (Inst. 4,6,20), la *hereditatis petitio* no sería ya la única acción real considerada como de buena fe por Justiniano (p. 545, cfr. II¹, p. 384).

Respecto a la categoría de las servidumbres personales, II¹ p. 216 admitía el origen escolástico oriental, aunque se hacía (n. 12) en reenvío indirecto a Marciano D. 8,1,1 como posible precursor; ahora (p. 299), en cambio, se deriva directamente tal categoría de Marciano «mit der östlichen Schuldoktrin»¹². Una alteración muy

11. Las acciones divisorias serían ya "materialmente de buena fe" en época clásica (p. 414).

12. Llama la atención, por el contrario, que en el caso de la innovación justiniana de que el *habitor* pueda arrendar, el precedente de Marcelo, que el mismo Justiniano (Inst. 2,5,5) menciona expresamente, se indique en un lugar menos relevante (p. 306 n. 38, como en II¹ p. 222 n. 37), siendo así que constituye un ejemplo especialmente ilustrativo

similar a la que hemos observado antes respecto a la *nuda voluntas* gayana. En realidad esta distinción de servidumbres reales y personales, que me sigue pareciendo totalmente justiniana, ni siquiera para la Compilación tiene un valor sistemático fundamental, y me sigue pareciendo exagerado acogerla para la sistemática de nuestras exposiciones modernas del derecho romano.

La *condictio incerti*, que solíamos considerar —y sigo considerando— post-clásica (II¹ p. 246 y 307), ya se habría reconocido entre los clásicos, y Justiniano no habría hecho más que generalizarla (pp. 336 y 424). También habría apoyos clásicos para la *a. incerti civilis* y la *a. in factum civilis* (p. 420, frente a II¹ p. 304).

La debilitación de la distinción entre obligaciones delictuales y contractuales era, según II¹ 263, una tendencia de algunos teóricos orientales contra la que habría reaccionado Justiniano. Ahora (p. 361), sin embargo, resulta evidente que tampoco para los clásicos era muy clara tal distinción, como probarían ciertas oscilaciones entre responsabilidad noxal y *de peculio*, y el que se den como noxales acciones que no son penales; cfr. II² p. 432, sin precedente en II¹ p. 312. Como suele ocurrir, siempre hay algo de cierto en estas relativizaciones de los conceptos fundamentales. En mi opinión, la dificultad está en que llamamos globalmente penales a acciones muy distintas, que no reúnen siempre las características de noxalidad, intransmisibilidad pasiva y cumulatividad, y llamamos «contractuales» a acciones que no derivan de un contrato propiamente dicho; es decir, que ha sido la distinción gayana *ex maleficio-ex contractu* la que ha perturbado una recta visión del problema. Pero las oscilaciones entre responsabilidad noxal y *de peculio* no creo que deban atribuirse a los clásicos.

Respecto a la teoría de la *laesio enormis* en la compraventa, Kaser sigue reconociendo que los rescriptos dioclecianos (CJ. 4,44,2 y 8) han sido interpolados, pero que no se trata de un principio justiniano (como creía en II¹ p. 283), sino clásico, al menos como medida aplicable en casos concretos (p. 389 y n. 33). Tal medida, como complemento del edicto de precios máximos promulgado por el mismo Diocleciano, mostraría una reacción oficial frente a los desórdenes económicos del s. III. Pero la doctrina del precio justo, olvidada en época posterior a Diocleciano, habría sido restablecida por Justiniano. Este cambio de opinión en Kaser obliga a pensar si no es acaso contra el buen método de un romanista el desatender lo que se deduce de los textos (que se reconocen interpolados) para seguir las hipótesis de los economistas acerca de hechos mal conocidos. Otra vez, pues, el tema de que el romanista debe considerar los *verba* y no los *facta*.

de la tesis de Kaser, de los precedentes clásicos de las presuntas innovaciones de Justiniano.

La *actio pro socio manente societate* no parecía clásica, sino innovación justiniana, en II¹ p. 298, pero ahora (p. 412 s.) se dice que tenía precedentes clásicos, como ya en *SDHI*, 41 (1975), 329 ss.

La práctica de eludir la *noxae deditio* mediante entrega del esclavo al juez para que éste lo castigue y luego lo devuelva a su dueño aparece en textos que Kaser consideraba interpolados (II¹ p. 312 n. 44), pero ahora (p. 431 y n. 50) resulta que pudo tener precedentes en la *cognitio* clásica. Porque en la *cognitio* la acción contra el mismo esclavo era posible (n. 51), aunque los textos que lo acreditan no sean muy fidedignos, y mi reconstrucción de una *actio «cum servo»* en la *lex Ursonensis* cap. 122 (frag. 1 de El Rubio) no le parezca «conclusiva»¹³.

La *missio in rem* para asegurar un fideicomiso existía ya en el derecho clásico (p. 560), siendo así que en II¹ p. 393 era «enigmática» y estaba en relación con la idea de un *ius ad rem*, que era presumiblemente una innovación del derecho vulgar. Ahora la mención del «*ius ad rem*», al menos expresamente, ha desaparecido, aunque el autor se remite a la n. 57 (relativa a esta *missio in rem*) tanto en p. 292 n. 6 (donde se hace, a su vez, referencia a I² § 189 n. 28, para esa categoría) como en el «Sachregister» p. 630. Se ha eludido, al parecer, una toma de posición comprometida respecto al «*ius ad rem*».

Basta esta muestra de algunos lugares retocados para ver el sesgo general del pensamiento actual de Kaser, y la técnica para cambiar frases que reflejaban su posición anterior. Como ya he dicho, no es este el lugar para discutir a fondo estas nuevas opiniones. Personalmente, no participo de la tendencia conservadora que parece dominar la romanística actual, aunque no puedo menos de reconocer los abusos hipercríticos en que pudieron incurrir nuestros maestros. Esto no quita para que, en puntos concretos, Kaser resulte más crítico que yo; por ejemplo, en lo que se refiere a la acción real (una *vindicatio utilis*, ficticia, según mi opinión) del superficiario (p. 308: «Schuldoktrin», y n. 14: «insoweit überarbeitet»), pero cfr. I², p. 456; también respecto al concepto de *negligentia* como equivalente de *culpa* (p. 350: se atribuye a la doctrina oriental), como respecto a la responsabilidad por culpa en algunos contratos (p. 355 respecto a la sociedad, cfr., en cambio, p. 417 para el mandato).

Es claro que no es esta la ocasión para emprender un contraste de opiniones sobre todas las cuestiones debatibles, ni siquiera una defensa de mis opiniones en cuanto rechazadas por Kaser, sea en tema de derecho visigodo y del principio de personalidad en el que Kaser sigue creyendo (p. 45); sea respecto a CE.307, que supo-

13. En mi opinión, tampoco en la *colonia Genetiva Iulia* hubo procedimiento ordinario.

ne, según el autor (p. 172 s.), una desaparición de la prohibición de donaciones entre cónyuges, a pesar de que ésta se dice que persiste, aunque sea «con atenuaciones» (p. 394); sea (p. 304 n. 20) respecto a la crítica de D. 7,1,36,1 y 33,2,26 pr., pues Kaser cree que la consideración voluntarística (que yo supongo introducida a causa de la caída de las diferencias formales de los legados) es clásica; sea en materia del derecho concedido al acreedor hipotecario de ulterior rango respecto al *superfluum* (p. 318 n. 32: ¿hipoteca sobre el *superfluum*?); sea, claro está, respecto a mi concepto del *contractus* clásico (p. 360 y n. 2 —mis «Réplicas Panormitanas» son posteriores), aunque no puede menos de admitir (p. 362) la enorme relajación post-clásica de ese concepto; sea (p. 387 s.) respecto a mi lectura de CE.297 (que es cosa de «ver» y no de «querer») y mi explicación sobre las arras de Justiniano (el tema de las arras ha pasado, en esta edición, al capítulo de la compraventa, como único contrato en que se dan), respecto a las cuales el pensamiento de Kaser sobre arras penales y penitenciales no resulta, a mi entender, del todo nítido en relación con la diferencia entre venta escrita y sin escritura; sea a propósito de mi distinción entre el testamento de 5 y de 7 testigos en época post-clásica, entre los que no ve otra diferencia que la del número de testigos (p. 479 y n. 14); etc., etc. En especial, desearía aclarar nuestras diferencias en materia de acciones *in factum* (el tema aparece a lo largo de todo el libro y en otros escritos recientes de Kaser), porque me parece que Kaser, al decir que las acciones *in factum* no son, para él, aquellas (edictales o no) que tienen una *formula in factum concepta*, sino las que se improvisan para casos no previstos, lo que hace realmente es operar, respecto del derecho clásico, con la idea que los post-clásicos, una vez desaparecidas las fórmulas, tenían de esa nomenclatura, y de ahí la fácil confusión con las *actiones utiles*, y la posibilidad de que las acciones *in factum* sean *in rem*, siendo así que, en principio, de un *factum*, que es necesariamente personal, parece que debe derivarse siempre una obligación del demandado¹⁴.

Todas estas confrontaciones no hacen más que probar la gran fuerza de la obra de Kaser, sin la cual el estudio romanístico de hoy no sería como es. No tengo temor en decirlo: sean cuales sean las reservas y críticas que podamos hacer, se trata de una obra «que hace época».

ÁLVARO D'ORS

14. Intrigante es el detalle de que donde Kaser (II¹ p. 236) decía que la ampliación del esquema contractual se operó mediante nuevas *actiones in factum* (que, según él [p. 419], «siguen evidentemente el esquema fijo de las *bonae fidei iudicia*», y los post-clásicos reúnen bajo el nombre técnico de «*praescriptis verbis*») diga ahora (p. 323) «*utiles und in factum*», como queriendo insinuar que, a pesar de todo, había alguna diferencia entre una y otra clase de acciones formularias. Esta es una cuestión que deberá ser tratada aparte.