

El Derecho Privado Romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea.—Guillermo Floris MARGADANT S. México, "Editorial Esfinge", 1960, 503 pp.

El Dr. Guillermo Floris MARGADANT, catedrático de Derecho Romano en la U.N.A.M. acaba de publicar un tratado de Derecho privado romano. Libro bien documentado, contiene muchos datos de Derecho comparado y trae la bibliografía más reciente. Consideramos que el autor logró plenamente la meta enunciada en el prefacio de la obra, de establecer el equilibrio entre el enfoque puramente dogmático y el histórico del Derecho Romano. MARGADANT demuestra en su tratado sólida erudición y su libro es de lectura amena. Además, a través de toda la obra se nota el loable afán por hacer salir el Derecho Romano del campo de las ciencias "esotéricas" vedado a los no especialistas en Derecho y por despertar el interés hacia dicha disciplina en los estudiosos de Ciencias Sociales, en general. Invitado a hacer algunas observaciones al tratado en cuestión, me permitiré formular unas pocas discrepancias, al propio tiempo que consignaré algunas sugerencias para la futura ampliación de la obra, ciñéndome a los temas de mayor importancia, principalmente en orden a las obligaciones y contratos.

En el capítulo relativo al régimen patrimonial del matrimonio romano (pp. 149 y ss.), MARGADANT afirma que en Derecho Romano los bienes dotales pertenecían al marido, sin señalar matices de ninguna clase a este respecto. La citada opinión es, sin duda, inobjetable tratándose del antiguo régimen jurídico de la dote, antes de que surgieran las acciones de restitución de la misma en favor de la mujer, régimen caracterizado perfectamente con la máxima *dotis causa perpetua est* (D. 23, 3, 1. I). Sin embargo, al generalizarse la idea de la restitución de la dote a la mujer en caso de disolución del vínculo conyugal, y al instaurarse las respectivas acciones encaminadas hacia el expresado fin (*actio ex stipulatu, actio rei uxoriae*), paulatinamente va abriéndose paso la idea de que, aun cuando jurídicamente la dote sea propiedad del marido, de hecho pertenece a la mujer (*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*). Por ello, Justiniano pudo afirmar, con sobrada razón, que "los bienes dotales pertenecían desde el principio a la mujer; que, con arreglo al derecho natural, seguían siendo propiedad de ésta, y que la transferencia de la propiedad de dichos bienes al marido constituye una mera sutileza legal, que no puede cambiar el verdadero estado de cosas, ni suscitar dudas, respecto de éste" (*Codex*, V, 12, L. 30).

Consideramos, pues, que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del derecho del marido sobre la dote debe resolverse con arreglo a esta concepción avanzada. Margadant opina que el derecho en cuestión "fluctúa entre el derecho de propiedad y el usufructo", mientras que nosotros, en cambio, sostenemos el pun-

to de vista de que en el Derecho romano clásico y justiniano constituyó un **usu-fructo legal**. Además, no podemos admitir "fluctuación" alguna en la configuración de derechos reales, ya que éstos, tanto en Derecho romano como en Derecho civil moderno, por el hecho de poder tener repercusiones en el patrimonio de los terceros, están taxativamente establecidos y revisten contornos fijos y bien definidos (así, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden crear nuevos tipos de contratos —los llamados innominados—, pero no pueden establecer derechos reales nuevos), a no ser que el vocablo "fluctuación", de que él se vale, se refiera a la oscilación relativa al régimen de la dote, entre dos períodos históricos distintos, correspondiente uno de ellos al Derecho romano arcaico y otro al romano clásico y justiniano. Convendría, por tanto, que el profesor MARGADANT aclarase este extremo.

La existencia misma de las susodichas acciones, encaminadas a la recuperación de la dote por la mujer, demuestra, sin lugar a dudas, que en cierto período histórico el derecho del marido sobre la dote dejó de ser el de propiedad. De no ser así, tendríamos que admitir forzosamente la posibilidad de la existencia del derecho de propiedad **ad tempus**, o sea revocable, en contra de la cual, como una aberración jurídica, se pronuncia vehementemente el propio autor, al tratar de los derechos reales en general.

En el capítulo relativo a las obligaciones *stricti iuris* y a las obligaciones *bonae fidei* (p. 303), el autor dice: "... Como consecuencia de lo anterior, surgen por primera vez, en el campo de las obligaciones *bonae fidei*, figuras como la compensación, el **dolo por omisión** y el derecho del juez de fijar soberanamente los daños y perjuicios." Preguntamos: **Quid** de la culpa, que no menciona el autor, A nuestro entender, la culpa encuentra su sitio natural en el campo de los contratos de buena fe y suscribimos sin reservas la opinión de SOHM, según la cual, toda la teoría de la responsabilidad contractual, cuya parte principal constituye, sin duda, la derivada de la culpa, surgió y se desenvolvió en torno a los contratos *bonae fidei*. Opinamos, en consecuencia, que el caso del esclavo vendido y todavía no entregado, al que el vendedor dejó de alimentar (p. 353), tomado del título del Digesto **De Lege Aquilia**, no se refiere al dolo por omisión, sino a la culpa por omisión.

Estamos de acuerdo con el autor en que las obligaciones naturales (p. 304) presentan modalidades distintas, pero cabría señalar y explicar su origen y su razón de ser **comunes**, a saber, el retraso de la legislación positiva con respecto a la conciencia colectiva. Asimismo, cabría plantear el problema de saber, si pueden o no surgir en cualquier momento, por vía consuetudinaria, obligaciones naturales nuevas, no contempladas por el legislador y que, no obstante ello, obtengan la sanción judicial. Nos pronunciamos por la afirmativa (véase el sugestivo estudio de BONFANTE sobre el particular, en *Scritti Giuridici*).

Por lo demás, en la exposición de MARGADANT se nota cierto titubeo, en orden a la clasificación de los **pacta nuda** como convenios que producen obligaciones naturales, mientras que para nosotros no puede haber duda al respecto, ya que la máxima **ex nudo pacto actio non oritur, sed oritur exceptio** se refiere, precisamente, a la **retentio soluti**, el efecto más característico de las obligaciones naturales.

Por lo que atañe a la **pollicitatio**, que MARGADANT clasifica, a justo título, como fuente de obligaciones en Derecho Romano (p. 307), consideramos que, en general, no producía efectos jurídicos, y para que éstos brotasen hacía falta el principio de la ejecución (**opus coeptum**). Así, cuando adquiría validez jurídica y empezaba a surtir sus efectos sólo desde el momento en que se hizo la prestación de una parte de dicha suma.

Estamos, en cambio, por completo de acuerdo, a propósito de las obligaciones correales y solidarias (pp. 312 y ss.), con las acertadas críticas de MARGADANT a la conocidísima, pero definitivamente desacreditada teoría de RIBBENTROP sobre la unidad de las obligaciones correales. Pueden citarse varios textos terminantes del **corpus juris civilis** en apoyo de la teoría contraria, que sostiene la pluralidad de dichas obligaciones correales, verbigracia, PAPINIANUS, D. 45, 2, Ley 9: "**nam etsi parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio**" (aunque tengan una causa común, no obstante ello, la obligación propia reside en la persona de cada uno de los codeudores). Véanse, en el mismo sentido, las **Instituciones justiniani** 3, 16 § 1 D. 46, I, L. 5. Sin embargo, no nos deja completamente satisfechos la explicación de MARGADANT al respecto, cuando afirma que "la correalidad nos muestra una sola **"Schuld"** con varias **"Haftungen"**. Consideramos que la descomposición de la obligación en los dos elementos que la integran: **Schuld** (deuda) y **Haftung** (responsabilidad) corresponde al período arcaico de Derecho romano, a una etapa definitivamente superada en la legislación justiniana y que no presenta interés alguno en Derecho moderno, ya que en éste ambos elementos suelen, por regla general, confundirse en la misma persona del deudor. Las conclusiones de MARGADANT al respecto sólo podríamos aceptarlas en el supuesto de que use el vocablo **Schuld** en el sentido de objeto de la prestación, según cabe hacer en alemán. En efecto, no cabe duda de que en las obligaciones correales una **res vertitur** (existe un solo objeto de prestación), pero aún así, su explicación quedaría trunca, ya que, a nuestro entender, usa de la **pars pro toto**, refiriéndose a uno solo de los elementos que integran la obligación (**Haftung**). Para nosotros, el argumento decisivo a favor de la tesis de la pluralidad de obligaciones correales lo constituye la posibilidad de que éstas tengan modalidades diferentes (término, plazo), circunstancia señalada, sí, por el autor, pero sin extraer de ella exactamente las mismas consecuencias que nosotros.

Acerca de las causas que extinguían las obligaciones correales en su totalidad, no obstante residir en la persona de uno solo de los codeudores, el profesor MARGADANT cita casuísticamente varios ejemplos, mas sin explicar la idea que preside la regla **alterius factum alteri quoque nocet** ("el hecho de uno de los coacreedores o codeudores perjudica a los demás"), a saber, la garantía mutua entre los codeudores solidarios en interés del acreedor, introducida en el Derecho romano por vía consuetudinaria y hoy en día acogida por la mayoría de los códigos civiles modernos.

Por otra parte, estimamos, si no incorrecta, al menos demasiado categórica, la afirmación de MARGADANT de que "contrariamente al derecho romano, el moderno permite que la confusión y la remisión respecto de uno de los codeudores extinga la obligación no sólo respecto de él, sino respecto de todos". El autor se basa en el artículo 1991 del código civil mexicano, que reputamos desacerta-

do en este punto. En efecto, la mayoría de los códigos civiles modernos consagran la solución contraria, genuinamente romana (véanse los artículos 1209 del código civil francés y 1303 del italiano).

Volviendo a la culpa, la explicación del autor acerca de la *culpa levis in concreto* (p. 354), según la cual, “la medida de comparación no era el abstracto buen *paterfamilias*, sino el concreto deudor de carne y hueso”, parécenos incompleta, ya que no señala con claridad el hecho inconcuso de que la responsabilidad de la *culpa levis in concreto* constituya una *atenuación*, frente a la responsabilidad de la *culpa levis in abstracto*, aunque fácilmente podría pensarse lo contrario. El hecho es que los romanos, con su idea de la *bona fides irrestricta* y con su honradez acrisolada en los negocios jurídicos, concebían perfectamente que una persona no pusiera cuidado tratándose de sus propios negocios, y perdonaban esta falta, en tanto que no la perdonaban en el desempeño de negocios ajenos. No es de extrañar, pues, que en el derecho moderno, con el relajamiento de costumbres y con el descenso de *standards* morales, el concepto jurídico de la *culpa levis in concreto* haya desaparecido.

Por otra parte, el autor no nos explica la razón de ser de la regla *in lege Aquilia et culpa levissima venit*. Pese a que no hemos podido encontrar apoyo alguno en los textos del *Corpus juris civilis* a la explicación que sugerimos, creemos poder afirmar que la razón de ser del enunciado principio estriba en que la víctima de un delito del todo extraña al autor del mismo (*penitus extranea*), no debe usar de los mismos miramientos hacia éste que la parte que en un contrato haya solicitado en cierto modo o al menos accedido a las actividades de la contraparte, sin haber podido prever, desde luego, todas sus incidencias futuras.

Por último, en varios pasajes de la citada obra referentes a la responsabilidad derivada de los contratos, encontramos la frase “...responde de la culpa grave y de la culpa leve”, expresión que juzgamos redundante, ya que quien responde de la culpa leve, lo hace *a fortiori* de la grave.

En orden a la *stipulatio* (p. 373), cabría señalar que en Derecho romano bizantino la *cautio* llegó a ser el contrato mismo y no únicamente, como sostiene el autor, el medio probatorio, ya que la *stipulatio* expresada en aquella, no se celebraba las más de las veces y se reducía a una mera ficción. La mención de la estipulación en la *cautio* no era más que un residuo de la estipulación antigua, una manifestación del conservadurismo jurídico, en que frecuentemente subsisten formas antiguas que responden a un nuevo contenido de derecho.

En materia de *condiciones*, sugerimos al autor que demuestre, mediante un análisis histórico, su tránsito hacia los contratos *praescriptis verbis*.

Confesamos que a propósito de las donaciones entre cónyuges (p. 419) no vemos claramente en qué consista la supuesta “humorística incorrección” atribuida por MARGADANT al famoso texto de ULPIANO (D. XXIV, I, ley I) en que se expresa que dichas donaciones estaban prohibidas “para evitar que los cónyuges se robaran recíprocamente por mutuo amor” (*ne mutuo amore invicem se spoliarentur*). Al parecer, MARGADANT rechaza la existencia o la posibilidad del “mutuo amor” entre los cónyuges, del cual nos habla el jurisconsulto romano, así como que la misma los lleve a hacerse mutuamente donaciones sin freno alguno, y considera que las dádivas entre los cónyuges se obtienen sólo mediante coacción o amenazas. A diario se observa, sin embargo, que los cónyuges

suelen usar primero de estratagemas amatorias para conseguir sus fines (dádivas, en el presente caso) y sólo cuando aquellas no dan los resultados apetecidos, acuden a las amenazas, como *ultima ratio regum*, aunque evidentemente, no quepa negar, que a veces alternen el frío y el calor. Por lo demás, los textos del *Corpus juris civilis* nos dan la razón, al afirmarlo así, ya que mencionan entre las armas que los cónyuges esgrimen entre sí no sólo las *minae* (amenazas), sino también las *blanditiae* (caricias). No parece sino que MARGADANT profesara una opinión profundamente pesimista sobre el carácter de la convivencia conyugal y las motivaciones psicológicas de la conducta de los cónyuges, y ello, no obstante el cuadro más sombrío aún que nos pinta de la "solterona" del todo inadaptada para la convivencia social, que "siembra la confusión general" y deja tras ella la estela de trastornos y desolación en todo el vasto ámbito del derecho, personificada por el autor en la figura jurídica de la posesión (p. 169).

Al término de la reseña, expresamos la esperanza de que nuestras observaciones sean acogidas con benevolencia por el autor, a quien felicitamos cordialmente por su meritorio esfuerzo, seguros de que su libro merece recomendarse como manual para los estudiantes en las Facultades de Derecho de la América Hispana, y como lectura provechosa, a los estudiosos del Derecho Romano y de Ciencias Sociales, en general.

Miguel LUBAN