

abusivo e incluso contradictorio, por lo que resulta necesario que escoja entre uno u otro (§ 68).

Por último, el autor hace una referencia a los supuestos de resolución por imposibilidad sobrevenida, respecto de los cuales no reconoce el remedio indemnizatorio (§ 74).

6. Creemos oportuno terminar esta recensión con la misma observación con que la iniciamos, en el sentido de reiterar que la obra que nos ocupa constituye un auténtico tratado sobre la facultad resolutoria por incumplimiento, con una brillante exposición e interpretación tanto de la ley española, como de los principios que rigen hoy en día la contratación internacional, así como un excelente y exhaustivo examen de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en todos los aspectos relacionados con la institución de la resolución, que la convierten sin duda en la obra más completa que existe sobre la materia en nuestro panorama jurídico.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA

LAMBERTI, Francesca: *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana, I*, ed. Jovene, Napoli, 1996, XI y 170 pp.

1. La autora presenta un trabajo que —como indica el número adjunto al título— promete una segunda parte, cuya aparición debemos esperar por ahora. El libro se estructura en tres capítulos precedidos de un apartado breve de *Note introduttive*: cap. 1.º «*In rerum natura esse*» e «*intellegi*»; cap. 2.º «*Postumi*» *nel quadro della successione legitima*; cap. 3.º «*Si filius genitur*» e «*testamentum*»: *vicenda medio- e tardo-republicana*.

El trabajo se centra en la figura del *postumus*. Éste es el término que la autora escoge (o más exactamente en plural, *postumi*) como objeto de estudio. Su significado es equívoco, lo que tratará de resolver al principio. La autora invoca (p. 15) la necesidad de analizar la figura no de un modo simplemente dogmático, es decir de construcción jurídica, sino teniendo en cuenta las demás implicaciones (psicológicas, familiares, afectivas, sociales, económicas o políticas). Por eso alude en el título a la «*experiencia jurídica romana*». No, según creo deducir, con el fin de separar ésta del Derecho moderno, sino de ahondar con depurado método, es decir, evitando aplicaciones anacronísticas de la dogmática moderna en la concepción (en sentido pleno) romana del objeto propuesto. La expresión «*experiencia jurídica*» que ha obtenido tan feliz fortuna en las obras de romanistas y civilistas, es una valiosa aportación del filósofo italiano Giuseppe Capogrossi. La captación de la «*experiencia*» significa mucho más que constatar una solución jurídica a un problema dado o identificar una determinada institución. Implica, por el contrario, el deber a cargo del intérprete de instalar esa solución o esa figura en un contexto vital determinado, sirviéndose de todos los factores que contribuyan a su aproximación, no limitándose, además, al solo estudio de las llamadas fuentes jurídicas.

En el tema propuesto (a diferencia de lo que ocurre con la familia en general) se advierte un paréntesis de inactividad científica —que la autora ha visto bien— que nos separa, en un enorme hiato de medio siglo o más, de los clásicos trabajos sobre el concebido (de Albertario, Solazzi o Robbe, por citar algunos de los más conocidos). La oportunidad de un nuevo tratamiento del tema se acrecienta si se piensa en la evolución que el método de investigación romanística ha experimentado en las últimas décadas: entre otras cosas, ha significado, por un lado, una profunda revisión de los excesos de la crítica interpolacionísta-

ca de principios de siglo; pero, por otro, ha supuesto un espectacular avance en el conocimiento de la jurisprudencia romana.

2. Inicialmente, la autora, además de la presentación del esquema de estudio y método, se propone una cuestión semántica previa: el significado de *postumus*. Dos interpretaciones caben: primera, referida al «nacido después de fallecido el padre»; segunda, al «nacido el último». En las fuentes literarias que la autora maneja (aparte de las epigráficas) se aprecia una evolución que parte de la primera significación y que coincide con una etapa turbulenta de guerras externas y conflictos internos que constituyen la frecuente causa de fallecimiento de jóvenes maridos, para dar paso a la segunda, que se constata en la interpretación de los gramáticos del s. II d. C., caracterizada por lo contrario de la anterior.

El capítulo 1.º se titula «*In rerum natura esse*» e «*intellegi*». Los términos en que la autora lo plantea se pueden reducir a dos palabras: naturaleza y derecho. Lo que traducido al ámbito de la familia se expresa de este modo: vínculos de sangre y vínculos agnaticos. Y, en fin, en el campo, más circunscrito aún, de los concebidos, la formulación del binomio adopta la configuración latina usual en el lenguaje jurisprudencial, y que separa lo que pertenece a la realidad de este mundo (*in rerum natura esse*) de lo que «es considerado» (*intellegi*) como si perteneciese a ella.

Por esta razón, un primer problema consiste en averiguar la relación entre cognación y agnación, histórica y jurídicamente precedente esta última, pero cediendo terreno progresivamente ante la realidad natural o biológica que representa la primera. No hay, sin embargo, estricta oposición entre ambas. Por el contrario, la jurisprudencia romana se esfuerza en una tarea de integración o de cohesión de ambos conceptos, como lo prueba el hecho de englobar en la *cognatio* a la *adoptio* y de estimar que el pariente agnado es también cognado (v. pp. 42-44).

Pero un segundo problema, conexo con el anterior, y de una actualidad lacerante, consiste en determinar hasta qué punto el *conceptus* (o *postumus*, nacido después de la muerte de su padre) está ya *in rerum natura* o es una ficción jurisprudencial (*intellegi*). Aparte de la discusión en torno a la aplicación del término de «ficción» en relación a la jurisprudencia, es cierto que ésta siente la necesidad de tutelar la condición del *postumus*, arrimándola a la del heredero de propio derecho. Los jurisconsultos recurren a perífrasis del tipo de *perinde ac, quasi*, o a verbos como *intellegi*, con los que pretenden la asimilación del concebido al nacido a efectos jurídicos. La autora sentencia (pp. 52-53): «... no es la vida, la realidad, la que es presupuesto del derecho, sino el derecho el que infunde su razón de ser a una realidad jurídica». Entra, así, en polémica con Catalano para quien *intellegere* significa tan sólo «reconocer la realidad». La cuestión es compleja: por un lado, es cierto que la jurisprudencia a través del artificio, al menos aparente, de la operación escogida (ficción) parece intentar salvar obstáculos que le plantea la naturaleza (en concreto, la falta de autonomía en la vida del feto); pero, por otro, ¿no es la realidad la que le impulsa a ello?

Resulta interesante la constatación de la autora, de un cambio de actitud percibido entre los juristas del s. III d. C. con respecto a los anteriores, como se aprecia por el uso más frecuente de la expresión *in rebus humanis* (en el que se tiende a colocar —aunque no lo esté— al concebido) frente a la meramente fisiológica de *in rerum natura*. La primera considera al concebido «entre las cosas humanas»; la segunda, «en la realidad de este mundo»: más humanizada, por tanto, la primera que la segunda.

3. La autora lleva a cabo en los capítulos 2.º y 3.º un estudio de los póstumos desde la perspectiva del derecho de sucesiones pues —como afir-

ma (p. 55)– «el progresivo interés jurídico por los concebidos y póstumos se manifiesta casi exclusivamente con relación a la sucesión hereditaria». La propia elección del término *postumi*, directamente conectado con la materia sucesoria, perfila la perspectiva de análisis.

Así pues, comienza por el origen, es decir, por la sucesión legítima, la de las XII Tablas: ¿existió ya en esta época una previsión normativa referida al *postumus* en relación con su admisión a la herencia como *suus heres*? La autora defiende que no. Por otra parte, el capítulo tercero se reserva a una fase ulterior que se caracteriza por la presencia en los testamentos de cláusulas diversas que tienen por destinatarios a los póstumos. Y, en especial, la ideada por Aquilio Galo, creativo jurista republicano que, en materia de testamentos, previó una posible situación de invalidación por nacimiento de herederos *sui* preteridos, que quedaría salvada al permitir al testador instituir a los póstumos del hijo sujeto a su patria potestad, que pasarían entonces a ser *sui heredes* si aquél falleciese antes. Al momento del fallecimiento del *de cuius* aparecen, por tanto, herederos legítimos que ni al tiempo de redacción del testamento ni en vida del testador habían nacido aún. Eran hipotéticos *heredes sui*, por cuanto al nacer ocuparían un grado ulterior con respecto al de sus padres. Pero al haber desaparecido éstos (de primer grado) en un momento posterior al de la redacción del testamento pero en vida del testador, los siguientes *sui* eran llamados a heredar a la muerte de aquél. Sin embargo, la preterición —lógica— de estos ulteriores *sui* (que en principio no tenían derecho a heredar) provocaba la *ruptio*, es decir, invalidaba automáticamente, el testamento. Con la cláusula aquiliana, esta consecuencia se evitaría sin necesidad de confeccionar un nuevo documento.

Procediendo de un modo sintético respecto de estos dos capítulos, la autora —como decía antes— se plantea el alcance la previsión decemviral acerca de los póstumos y en conexión con este problema el del significado de *heres suus*, expresión que plantea difíciles problemas de interpretación, que la autora no rehuye. El tenor del precepto de las XII Tablas rezaba así: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*». *Suus* debe en origen leerse como sustantivo antes que como adjetivo. Se trata del *filius in potestate*. *Suus heres* es «heredero en calidad de *suus*» por el vínculo de potestad que liga al hijo con su padre siempre y cuando naciese en vida de éste. La autora critica (pp. 87 ss.) una de las teorías que durante este siglo se han alzado con más vigor, arrumbada ya la antigua bonfantiana: la de la adquisición de la herencia operada en el seno de una «comunidad doméstica» (*Hausgemeinschaft*) en la que los *sui* recibirían automáticamente del *de cuius* lo que ya en vida de él era en cierto modo suyo.

La equiparación de los póstumos a la condición de *heredes sui* no pudo ser realizada por la ley de las XII Tablas sino por medio ficción de la jurisprudencia postdecemviral, preocupada por perpetuar automáticamente la práctica de los *sacra* del difunto. Esta hipótesis de formación de los principios protectores del póstumo en relación con la sucesión intestada le obliga a desconfiar de los testimonios que refieren tal tutela a la citada ley decemviral. Particularmente Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9: «*Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. (...)*». La lectura que hace la autora del básico texto ulpiano se basa en una finura exegética: la expresión *ex lege duodecim tabularum* no implica que a las XII Tablas haya que atribuir necesariamente la originaria contemplación de los póstumos sino tan sólo que sus preceptos dan pie a que eso suceda más tarde a través de la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical. Por otra parte, está el pasaje de Juliano 59 dig. D. 38.16.6 (que recoge lo que la autora llama «una ambigua opinión de Juliano evocando las XII Tablas»). Los compiladores han unido el final del frag-

mento juliano con otro muy breve de un jurista coetáneo, Celso, cuya opinión parece, asombrosamente, contraponerse a la de aquél. Pero, como bien afirma la autora, tal enfrentamiento es falso, según se aprecia de Jul. 69 dig: «*Qui in utero sint, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur*», donde se advierte el juego *in rerum natura esse* (que exige el nacimiento) *-in rerum natura esse intellegi* (que no lo exige). Las XII Tablas contemplaban únicamente la primera posibilidad; la segunda es obra de la jurisprudencia romana y en ese *iter* que descubre la evolución de la conciencia social respecto de la progresiva mayor protección de los intereses de los concebidos se yergue, de forma destacada, la autoridad de este genial jurista adrianeo, de origen africano, Salvio Juliano. Suya es la ecuación *in utero esse* \equiv *in rerum natura esse* (p. 71).

Por lo que respecta a la herencia testamentaria, se puede afirmar que hacia el s. II a. C. la práctica de redacción de cláusulas que ya tienen en cuenta a los póstumos se encuentra consolidada. ¿Qué sentido tuvo en el s. I a. C. la innovación del jurisconsulto Aquilio Galo, célebre discípulo de Quinto Mucio Escévola. El texto de otro Escévola, Quinto Cervidio (segunda mitad del s. II d. C.) 6 *quaest.* D. 28.2.29 pr.-1 refleja fielmente —a juicio de la autora— la creación aquiliana: «*Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt*». («Si mi hijo falleciese estando yo en vida, si entonces de él, tras mi muerte y durante los diez meses siguientes a que mi hijo falleciese, me naciese un nieto o una nieta, sean herederos»).

El rigor puntilloso (*pedantesco* incluso, dice la autora) de su redacción ofrece una pista para su comprensión y asimismo constituye una garantía de su genuinidad. El fin al que se orientaba debió de ser el de evitar los conflictos que podrían originarse si el testador no ponía todo su celo en prevenirlos con una esmerada redacción. Nótese, por ejemplo, la cita obligada de ambos sexos (*nepos, neptis*). Por otra parte, la fijación del plazo de diez meses en los que debía nacer el nieto o nieta, después de la muerte del testador (no de la confección del testamento como creía Robbe), se debía contar a partir del fallecimiento del *filius* (el *suus* inicialmente llamado a heredar). Esto es así por tener presente, por un lado, la situación de premoriencia del hijo con respecto al *pater*; y, por otro, el cómputo del tiempo, desde el fallecimiento del marido-*filius*, debía evitar en lo posible la discusión acerca de la legitimidad de la descendencia nacida.

Una atención especial merece el rigor con que la autora lleva a cabo la fijación temporal de instituciones, personajes, textos e incluso actos jurídicos. No es extraña la empresa ni su planteamiento puede juzgarse ocioso o meramente erudito, pues conduce, por el contrario, a abrir cuestiones jurídicas, que de otro modo no se habrían revelado. La autora, además, combina lo anterior con el empleo de datos sociológicos y estadísticos. Sin embargo, con buen criterio, el manejo que hace de cifras y estadísticas es en todo momento prudente, sin ánimo de pretender extraer de ellas conclusiones definitivas. Un ejemplo de lo contrario ofrece la autora al final (pp. 168 ss.) con Saller, historiador —no jurista— que pretende minusvalorar los efectos de la patria potestad romana desde el puro dato demográfico que refleja las escasas expectativas de vida media de un ser humano (45-50 años); cifras que ni siquiera —a juicio de la autora— son atendibles porque no tienen en cuenta la elevada tasa de mortalidad infantil. Superada la primera infancia —afirma la autora— las expectativas de vida ascienden hasta los 60 años.

En conclusión, se trata de una obra rigurosa, que utiliza recursos diversos con talento y prudencia, concediendo un margen razonable al planteamiento de

hipótesis interpretativas novedosas, cuya plausibilidad, aparte de por su valor intrínseco, se ve respaldada, además, por la seriedad y claridad expositiva que a lo largo de ella se aprecia.

Juan Manuel BLANCH NOUGUÉS
Prof. Agregado de Derecho romano
Universidad San Pablo CEU

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA: *Código civil anotado, vol. V (Artigos 1796.º a 2023.º), vol. VI (Artigos 2024.º a 2334.º), Coimbra Editora, 1995 y 1998, 690 y 523 pp.*

Hay que congratularse de que la magna obra iniciada inmediatamente después de promulgado el CC portugués de 1966, por dos ilustres representantes de la moderna civilística portuguesa, y a su vez igualmente, reconocidos maestros de la Universidad de Coimbra, haya culminado felizmente, aunque a través de una accidentada –y, en ocasiones dolorosa– historia (fallecimiento en plena madurez, a la edad de sesenta y cuatro años, de Pires de Lima; exilio en Brasil del otro coautor al triunfar la llamada Revolución de los claveles con la lógica suspensión de los trabajos de preparación de los comentarios durante un prolongado espacio de tiempo; importantes cambios introducidos en el nuevo Código, especialmente en el Derecho de familia en 1977).

Si la obra completa en seis volúmenes se ha espaciado desde 1967 a 1998, ya se comprende que tanto el método como el plan han tenido que sufrir alteraciones y modificaciones. Inicialmente la obra surge como resultado de una colaboración, que el coautor superviviente confiesa difícil, entre un autor adscrito a la dirección conceptualista (Pires de Lima) y otro (Antunes Varela) que, con Manuel Andrade y Ferrer Correia, se adscribe a la *Interessenjurisprudenz* de Heck; conviene aclarar que ambos autores tuvieron parte muy destacada en el CC de 1966, ya que el primero fue encargado de redactar alguno de sus libros e intervino en la discusión final del texto definitivo del Código, mientras que el segundo fue el Ministro de Justicia que auspició y dirigió responsablemente los trabajos de preparación del nuevo Código. En todo caso, la base de colaboración entre ambos fueron las notas que Pires de Lima iba tomando puntualmente de todas las sesiones preparatorias que se iban celebrando, a las que asistía. Sin embargo, pese a las diferencias de formación que pueden encontrarse entre los coautores, y las incidencias externas ya mencionadas, la obra ha venido a desarrollarse siempre conforme a un esquema casi uniforme, de modo que el lector siempre sabe lo que va hallar y, efectivamente, lo encuentra; el comentario de cada precepto se inicia con la indicación de sus antecedentes legislativos y del Derecho comparado (CC francés, BGB, CC italiano de 1942, y muchas veces el CC español), acompañada de una breve indicación bibliográfica (lógicamente, en los vols. V y VI, muy actualizada). Si el nuevo precepto supone continuidad con el paralelo de 1867, se expone sucintamente el estado de la doctrina sobre éste y el significado de la misma en la doctrina actual; si hay modificación parcial, o introducción *ex novo*, se señalan cuidadosamente las diferencias, y se explican éstas, con adecuadas referencias a los autores que han patrocinado la reforma. En los comentarios del volumen III sobre derechos reales hubo colaboración del profesor Henrique Mesquita, también docente en Coimbra, así como en la segunda edición del volumen I.

Me parece que es la única obra exegética completa que existe sobre el CC portugués de 1966; sistema jurídico perteneciente –como se sabe– al mundo