

cir la carta inicial de población de Cáceres; así, por ejemplo, «*Después que fueren LX annos pasados, que Cáceres fué presa; el que oviere a pechar a fuero al Rey, non peche mais de un maravedí al anno, fueras moneda*». Pero náda puede justificar la atribución en bloque de todos estos fragmentos a la carta puebla perdida, como hace Lumbreras. Sin embargo, tiene interés que éste haya exhumado estos párrafos puesto que si bien estaban en el código municipal de Cáceres, en la recopilación de Ulloa y en la copia de Burriel conservada en el ms. 18.743 de la Biblioteca Nacional, no parecen reflejadas las variantes que ofrecen, respecto al Fuero de Usagre en la ed. de éste por Ureña y Bonilla; variantes entre las que, como es lógico destaca la alusión al Rey y sus funcionarios en lugar de mencionarse al Maestre y a los suyos. Sirve, pues, el que el señor Lumbreras recoja estos fragmentos, para apreciar un defecto de la edición de Ureña, pero de modo ocasional y no buscado.

Digamos, por fin, en relación con el último grupo de textos reunidos por Lumbreras (págs. 143-145) ahora sin indicaciones de ninguna clase que son los párrafos del Fuero extenso de Cáceres, concordantes con los 3, 4, 5, 6 y 7 de Usagre y aparecen anotados en la edición Ureña con las variantes correspondientes.

Identificados los fragmentos insertos en la obra del señor Lumbreras, sólo nos queda señalar que en la transcripción de la confirmación fernandina, se le han deslizado algunos errores de nota, por ejemplo, *Viuis*, por *riuis* (pág. 106), *tempus* por *omnia* (pág. 107), omisión de la palabra *pactum* (pág. 108, línea 13), omisión de *venerint aut* (pág. 110, línea 17) y algunas otras del mismo estilo, que no detallamos, por no alargar esta reseña, pero no inferiores en número a once sobre las ya señaladas.

(Si el libro que nos ocupa ha de alcanzar segunda edición o refundición de cualquier tipo, me permito aconsejar al autor que tenga en cuenta cuanto aquí se dice. Creo haberle llevado mucho más allá de los términos en que él se planteaba los problemas de la formación del Fuero de Cáceres y debe reflexionar, si de nuevo vuelve a estas lides, en la hipótesis apuntada. En todo caso, estas líneas sólo obedecen a una idea puramente constructiva.)

JOSÉ MANUEL P. MUÑOZ DE ARRACÓ.

MAGDELAIN, André: *Le consensualisme dans l'Edit du Prêteur* (París, 1958) 195 págs.

Este nuevo libro constituye, en cierto modo, un complemento del que el mismo Autor había publicado cuatro años antes sobre *Les actions civiles*; en efecto, toda la tesis, podríamos decir revolucionaria, que el A. defiende aquí depende de un resultado que cree haber demostrado en aquel otro libro, a saber, que los *iudicia bonae fidei* eran acciones pretorias y

y no-civiles. Esto presupuesto, el A. pone en conexión dos hechos que pueden sorprender, pero que vendrían a explicarse el uno por el otro de la manera más natural: 1), que los *iudicia bonae fidei* del edicto XIX, el de los contratos, carezca de aquellos edictos por los que normalmente deben anunciarse las acciones pretorias; 2), que el edicto IV, *de pactis*, parezca anunciar una protección procesal («*pacta conventa... servabo*»), que resultaría desproporcionada para la simple efecto negativo que solemos dar a los pactos, esto es, la *exceptio*; la cual, por sí misma, no necesita edicto ninguno que la anuncie. La solución sale sola: el edicto *de pactis*, aunque a distancia, anunciaba las acciones de los contratos de buena fe. Sólo a partir del momento—que el A. coloca vagamente en el s. I/II d. C., sin indicar ningún acontecimiento o personalidad con los que relacionar tal cambio—en que los juicios de buena fe fueron «recibidos» por el *ius civile*, aquella antigua conexión necesaria con el *de pactis* habría sido olvidada, y los *pacta* habrían quedado reducidos, en la medida en que no quedaban albergados por la sanción ahora civil de los contratos a que se adjuntaban (*pacta adiecta*), a producir un efecto puramente negativo, de fundar una *exceptio*. De todos modos, al comentar Ulpiano, 4 *ad Edictum*, el edicto *de pactis*, no habría podido evitar una mención del antiguo valor del *pactum conventum* como consentimiento productor de obligaciones, y de ahí aquel *tractatus* acerca de los distintos tipos de convenciones, contratos innominados y nominados, pactos adjuntos y desnudos, etcétera, que aparece en D. 2,14 y que, según el A., pese a las evidentes interpolaciones que contiene, serviría para mostrar el esfuerzo de la nueva jurisprudencia por excluir de la idea de *pactum* los antiguos sentidos más positivos que esa palabra tenía en la antigua terminología jurídica, y que conservará incólume el estilo no-jurídico.

Esta es, en un núcleo, la nueva tesis de Magdelain, que como se puede fácilmente intuir, tendría, de ser cierta, las más graves consecuencias. Habría sido el pretor quien se anticipó a dar sanción de una manera general a toda convención: al «consensualis no», lo que no debe entenderse en el sentido de los cuatro contratos consensuales de la cuatripartición Gayana—que el A., aunque por diferentes motivos que los que a mí me llevaron a una crítica afín, considera extraña a la jurisprudencia clásica—, sino en uno más amplio de «contrato» o «convención obligante». Por lo demás, tal protección no se habría reducido a la anunciada en el edicto *de pactis*, sino que abarcaba otros negocios, pero que tenían, por su carácter especial («contratos», dice el A., pero «unilaterales y de derecho estricto»), sus propios edictos, y se hallaban en otras sedes de *Edictum*: tales serían el *constitutum* y los *recepta*, que, precisamente por su especialidad, no fueron llamados *pacta* por los clásicos (llamados «pactos pretorios», en un momento posterior).

La obra se divide en tres capítulos (aparte la introducción y la conclusión), más un apéndice sobre la *actio negotiorum gestorum*. Esta, naturalmente, no debía entrar en el «consensualismo», pero no podía ser preterida, pues era *bonae fidei* y con su propio edicto, como corresponde

a toda acción pretoria, en principio. Solemos decir que ese edicto correspondía a la antigua *actio in factum* de la gestión de negocios sin mandato, pero el A. niega la existencia de tal acción *in factum*. Como es éste un punto accesorio, sobre el que no hemos de volver, me permito observar desde ahora esta dificultad: si esa acción fue siempre *bonae fidei*, ¿hemos de admitir que no existía todavía en la época de Cicerón, que la omite en su relación, al parecer completa, de los *iudicia bonae fidei* existentes en su época? Propendería a decir que la *actio in ius*, incluida por Gayo en su propia lista, completa, de acciones de buena fe, se agregó a una antigua *actio in factum* hacia la época de Labeón, es decir, mucho antes que se produjera fenómeno similar con el depósito (cuya acción *in ius* yo retrasaría hasta Juliano o poco menos).

En el primer capítulo se trata de iluminar el sentido lato de *pactum* y de los vestigios que de tal sentido presenta Ulpiano en su comentario al *de pactis*. En el segundo, el central de toda la obra, sobre la relación ya explicada entre ese edicto y el de los contratos. En el tercero, sobre el *constitutum* y los *recepta*. Se echa de menos un índice alfabético y de fuentes, que facilitaría el confrontar más rápidamente los distintos puntos de discusión.

Como se puede comprender, en un libro de este tipo, en el que, por añadidura, no deja el A., de tomar posición frente a otras del reseñante, se ofrece una materia amplísima para la discusión. Sería, en efecto, interesante descender a muchos detalles, pues en ellos se pone en evidencia la fragilidad del edificio, pero esto excedería de los límites razonables de una reseña; me limitaré, pues, a algunas observaciones concretas pero de mayor envergadura.

Ante todo, como es irremediable, hay que tomar posición frente al presupuesto de que los *iudicia bonae fidei* son acciones pretorias y no civiles, aunque esto sea tema del otro libro mencionado del A. Francamente, sigo creyendo que un *oportere ex fide bona* pertenece al *ius civile* como todo *oportere*, lo que permite hablar de *obligationes* en los contratos de buena fe, a diferencia de lo que ocurre con las acciones *in factum*, para las que sólo cabe un *teneri actione*; el mismo Gayo las excluye de su clasificación de las *obligationes*. Cicerón, al hablar de los *iudicia bonae fidei* no alude para nada al Edicto, sino, por el contrario, a los juristas. Por lo demás, aunque la reducción de las acciones «civiles» a las «legítimas» ya sea por sí mismo discutible, hay que admitir que, en la medida en que las fórmulas sustituyen antiguas acciones de la ley, autorizadas además por la ley Ebuca o las Julias para constituir un juicio legítimo, también ellas se fundan, en cierto modo, en la ley; ahora bien, todo parece indicar que las acciones de buena fe vienen a sustituir a la antigua *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Aun admitiendo que esas fórmulas procedan de la jurisdicción peregrina, o que en un primer momento no se refiriesen al *ius* sino a la *fides*, este posible origen no impide que, en el derecho de la época clásica sean consideradas como acciones civiles y no pretorias. De hecho, me parece chocante que la acción

nacida de un acto civil, como es la *mancipatio fiduciae causa*, careciera de sanción civil, es decir, que la *actio fiduciae* (que, en mi opinión no fué nunca *in factum*) no fuera «civil». Y esa acción, aun sin la frase *ex fide bona*, constituía evidentemente un prototipo de los juicios de buena fe. Pero hay más: sabemos que algunas instituciones han sido sancionadas primero por acciones *in factum* y luego por acciones *in ius ex fide bona* (como el depósito), pero resulta del todo insólito que una fórmula, sin sufrir ninguna alteración formal, haya empezado un buen día (que el A. coloca indefinidamente en el s. I-II d. C.) a ser de derecho civil.

En fin, negando este presupuesto del carácter pretorio de los juicios de buena fe, es difícil seguir al A. en las consecuencias, y, en especial, en la de que tales acciones requerían un edicto que las enunciase. Hay que observar, por lo demás, que existen otras dos acciones de buena fe que, sin ser contractuales, también carecen de edicto propio—la *actio tutelae* y la *actio rei uxoriae*—, lo que se explicaría, según el A., por el fin civil a que servían. Como el mismo A. reconoce (p. 87), no puede esperarse en esta exigencia de un edicto para las acciones pretorias una regla muy fija; por lo demás, aunque es verdad que los compiladores conservaban mejor los edictos que las fórmulas, no debe excluirse nunca la posibilidad de que hayan caído los edictos, como es muy posible que haya ocurrido con la *actio pignoratitia* (cfr. D. 12,1,1: *praetor... de pignore edixit*).

Precisamente esta acción de *pignus* ofrece dificultades especiales para la tesis de Magdelain, y es de lamentar que el A. no se haya enfrentado más directamente con ellas. En efecto, aquella acción personal que surgía del *pignus* no dependía, en la construcción del A., del anuncio general del edicto *de pactis*, a pesar de que el *pignus*, en especial en su forma de *pignus conventum*, constituía, según el A., un *pactum*; habría así una notoria diferencia respecto al comodato, alojado igualmente en el edicto *de rebus creditis*, pero que sí dependería del *de pactis*. Ahora, la contradicción inexplicable en que incurre Magdelain está en suponer que la *actio Serviana*, que considera acción real y pretoria, y nacida, naturalmente, del *pignus conventum*, sí dependería del edicto *de pactis*, aunque hubiera sido atraída por el interdicto Salviano al título XLIII. Francamente, la cuestión de la *formula Serviana* me sigue pareciendo oscura (una acción real *in factum* me parece un monstruo), pero, sea cual sea la solución que demos a ese complicado problema, resulta inconcebible que el *pactum* hipotecario haya sido sancionado por el edicto *de pactis* en parte sí (*actio Serviana*) y en parte no (*actio pignoratitia*, la personal).

Esto por lo que se refiere a la demanda de edicto por parte de las acciones *bonae fidei*. Por lo que respecta a la oferta de ese edicto por parte de la rúbrica IV *de pactis*, hay que observar en qué sentido es claro que con el anuncio «*pacta conventa... servabo*» se ofrecía algo más que una simple *exceptio*. Ya Lenel, como recuerda el A., había observado (EP³ p. 20 n. 1) que tanto ese anuncio como el del edicto *quod metus causa* no podían limitarse al efecto de la *exceptio*; pero de ahí no se deduce que

tal anuncio se refiriera a verdaderas acciones. En mi opinión, el pretor anunciaba, en el *de pactis*, la defensa de los pactos por dos trámites posibles: la *exceptio* y la *denegatio actionis*. Que no se refería en modo alguno a los contratos de buena fe me parece puede derivarse de la reserva que en aquel edicto se hace: «... *quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt*». Tal reserva era innecesaria tratándose de acciones de buena fe, ya que ésta por sí misma impedía la protección de lo doloso, ilícito o fraudulento; en cambio, tal reserva tenía más sentido si se trataba de pactos propiamente dichos, es decir, renunciaciones (totales o parciales) de acción. Tampoco el edicto *quod metus causa gestum erit*... se refería a los contratos, donde el *metus* quedaba ya reprimido por las exigencias de la *bona fides*, sino a los *gesta* propiamente dichos, que quedaban fuera del alcance de las acciones de buena fe. En consecuencia, me parece lo más probable que el pretor, en el edicto *de pactis*, se refiriese exclusivamente a los pactos de exclusión de acción, principalmente a la *transactio*, y no a los *pacta adiecta*, que ya quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe. Esto explicaría la colocación de ese edicto en sede procesal, allí donde se trataba de los preliminares del proceso. Que el *constitutum* y los *recepta* no fueran llamados *pacta* se explica perfectamente si tenemos en cuenta que servían para agravar la situación del deudor, lo que resulta el efecto contrario al de los pactos.

El A. llega, en su afán de probar su tesis, a identificar el *contractus* con el *pactum* que se le incorpora. En realidad, el pacto es una cláusula del contrato y no el contrato mismo; sólo que el contenido concreto de cada contrato viene determinado por aquellos pactos que lo especifican, y de ahí que puedan intercambiarse a veces ambos términos. De todos modos, en la Ret. ad Herennium 2,13, 19, cuando se dice que el *ius* consta: *natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto* (una serie totalmente extraña a la mentalidad de los juristas), no se puede decir que *pactum* esté ahí en vez de *contractus*; si no me equivoco, lo que sustituye a *contractus* es precisamente la referencia al *aequum et bonum*, que puede equivaler a *bona fides*, y el *pactum* designa la voluntad expresa de las partes contratantes, que se manifiesta en las cláusulas agregadas al contrato. De ahí que el *pactum* aparezca frecuentemente en los retóricos como un tipo de documento, así en Cicerón, *part. orat.* 37,130, cuando enumera entre las escrituras «privadas» el testamento escrito (*tabulae*), el documento contractual (*pactum conventum*) y la caución (*stipulatio*); de ahí también que se pueda decir que el *ius* nace del pacto: *ex pacto ius*. La mejor ilustración de la función del pacto adjunto está sin duda en la *fiducia*: el acto mancipatorio por sí mismo, aun conteniendo la declaración *fidi fiduciae causa*, no especifica el carácter del negocio, y es preciso que las partes redacten un documento para constancia del *pactum conventum*. Este pacto no es todo el negocio—la *fiducia contracta*—, sino el documento que le da su sentido concreto; claramente se ve esta rela-

ción en la Fórmula Bética (Bronce de Bonanza), donde el *pactum* está netamente separado de la relación de la *mancipatio* misma. Con esta observación, los testimonios que presenta el A. a favor del sentido de pacto como contrato sin más, resultan poco demostrativos. Pero, como decimos, a estos pactos adjuntos no tenía por qué referirse el edicto *de pactis*, pues tales pactos «adyacentes» no eran pactos sustantivos, sino complementarios de los contratos y quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe, por el principio de *pacta insunt*.

Sería contra nuestro propósito de no detenernos en discusión de detalles el hablar de los textos que aduce el A., para probar un sentido positivo en el *pactum*. Hemos hecho una revisión con todo cuidado y en ninguno de ellos puede excluirse una explicación compatible con la opinión común del efecto limitativo. Porque no basta que se hable de acción a propósito de un pacto, sino que hay que ver si tal acción no tiene otra fuente, como ocurre siempre, y el pacto no hace más que delimitar las posibilidades de ejercicio; otras veces el efecto positivo queda expresamente excluido, como ocurre en el pacto de intereses, cuyo efecto sigue siendo la *exceptio*; el A., por lo demás, no subraya suficientemente el origen post-clásico de la expresión *pactum nudum*. Únicamente quiero llamar la atención del lector sobre un caso interesante: las *pactiones et stipulationes* constitutivas de servidumbres. Aparentemente, tenemos ahí un claro ejemplo de pacto positivo, pero, si no estoy equivocado, esa expresión se debe entender así: el propietario del fundo sirviente renuncia a la acción negatoria—es decir, un pacto de efecto negativo—y promete no perturbar el uso del vecino—es decir, una *stipulatio* de no hacer—; el efecto positivo (la acción del adquirente) deriva de la estipulación, pero el aspecto real deriva, negativamente, del pacto, aunque con efectos tan sólo relativos al constituyente, pero consolidables por el *diuturnus usus* o, en provincias, la *longi temporis praescriptio*.

Queremos con estas observaciones invitar al lector al estudio de este interesante libro, pues aunque su tesis pueda ser rechazada, su lectura resulta altamente estimulante y ayuda, por contraste, a iluminar cuestiones centrales del derecho romano clásico. En una regla metódica sí que creo conviene estar precavido: «Une hypothèse»—dice el A.—«s'apprecie d'après sa valeur explicative»; por mi parte, me atrevería a decir: «Una hipótesis que lo explica todo, no sólo por ello es verdadera».

ALVARO D'ORS

MARAVALL, José Antonio: *Teoría del saber histórico*. Revista de Occidente. Madrid, 1958.

Desde el siglo XIX la intención de relacionar el mundo de la Historia y el mundo de la Naturaleza, ya fuera para asimilar los conocimientos científicos acerca de ambos en cuanto a sus respectivos métodos—actitud