

vista de la Colección de Saint Armand, en la que los Concilios españoles proceden de la «Hispana» a través de un ejemplar de la Recesión Vulgata anterior a todos los códices de la misma hoy conocidos.

El libro se cierra con unas conclusiones que son el resumen, podría decirse que muy didáctico, de todo lo expuesto por el autor a lo largo de su obra. Dada la necesaria construcción técnica de ésta, en la que el texto literario ha de interrumpirse continuamente con citas, referencias, textos comparados, etc., estas conclusiones finales contribuyen a clarificar conceptos y prestan al volumen un remate que contribuye a la impresión de obra bien realizada que el libro entero da.

Esperemos ahora que el autor continúe en sus trabajos y tengamos pronto —aunque tarea de tanta dificultad no puede hacerse deprisa— el resto del resultado de sus estudios sobre la Colección Hispana, es decir, sobre todo la edición crítica de la misma, que este excelente estudio nos hace desear aún más.

ALBERTO DE LA HERA.

MENÉNDEZ PIDAL, Ramón: *Documentos Lingüísticos de España*, I. *Reino de Castilla*, Madrid, C. S. I. C., 1966, 505 págs.

Queremos tan sólo señalar aquí la reimpresión de esta obra del gran maestro, que puede tener un gran interés para los historiadores del Derecho por los 372 documentos en ella transcritos, que han sido ya, por otra parte, reiteradamente utilizados en los estudios institucionales. Agotados hace años los últimos ejemplares de este primer tomo, se le ha querido reimprimir para que los estudiosos puedan fácilmente completar la obra con el segundo tomo, que se anuncia de próxima aparición.

G. M. D.

METRO, A.: *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*. Milán, A. Giuffrè, 1966; 221 págs.

Tiene la obra dos partes claramente diferenciadas, y aunque el título del libro se refiere exclusivamente a la segunda —la obligación de custodia—, la primera mitad (págs. 2 a 89) constituye una interesante y larga introducción al tema general de la *custodia*. Tal vez, por ello, hubiera sido más feliz un título más amplio, ya que la importancia del capítulo I es superior a la que pueda tener una mera parte introductiva.

Mantiene el autor un concepto unitario de la *custodia* (en la nota 195 de la primera parte), sin duda alguna muy valioso: custodia-vigilancia, custodia-poder y custodia-obligación no son sino manifestaciones orgánicas de una institución jurídica posiblemente única. Históricamente, opina Metro, tal vez haya que partir de un originario sentido de custodia-vigi-

lancia, antiquísimo como el mismo término de *custodela* que aparece ya en las XII Tablas relacionados con los equivalentes de *tutela* y *curatela*. Si existe esa vigilancia —y el autor estudia distintos supuestos que en el orden familiar plantean los *custodes* del rescripto de los *divi fratres* (D. 25. 4. 1. pr), y del *S. C. Plautianum* (D. 25. 3. 1. pr), auténticos vigilantes impuestos por el pretor o por la parte interesada en la inspección de un embarazo o un nacimiento— podría deducirse de esa misma vigilancia una cierta *potestas* sobre la persona custodiada.

De aquí es fácil pasar a esa *custodia*, entendida ya como un cierto poder, quizá próximo a la detentación y que por ello está llamada a tener un importante papel en la posesión. En efecto, la custodia sobre las cosas, en un Derecho clásico ya espiritualizado, podría servir como camino normal para mantener la posesión —y por ende los interdictos— como un grado más débil que la propia detentación material. Es decir, la custodia supone una potencial detentación no necesariamente ejercida en todo momento, pero que permite al poseedor en cualquier instante convertirla en detentación por la disponibilidad que supone este tener las cosas bajo su propia vigilancia o la ajena. Puede esto tener mucho interés práctico para los bienes muebles y para los semovientes, animales recogidos en viveros, cetáreas o parques, sobre los cuales no puede decirse con rigor que exista una auténtica detentación, pero sí esta forma atenuada bajo la cual puede permanecer largo tiempo la posesión.

Las características de la propiedad inmueble y de los esclavos configuran muy específicamente la custodia en esos casos. Tal vez fuera curioso ahondar en un tema que Metro solamente plantea, pero que puede tener implicaciones políticas o sociológicas seguramente originales: Existe la diversidad de criterio de las escuelas del siglo I para los supuestos de la *fuga servi*. Mientras que los proculyanos —y esta vez parecen ellos los partidarios de una solución tradicional— creen que se pierde la posesión, perdida esa custodia que fue su último baluarte, los sabinianos, por el contrario, mantienen *animo solo* la posesión sobre el esclavo en fuga favoreciendo así a sus dueños mientras dura la búsqueda de los fugitivos. Tal vez esté configurado, como dice Metro, como un auténtico *favor domini* excepcional. Sin embargo, no deja de ser curioso que en el siglo III, Paulo y Ulpiano acojan esta tesis, y que muy posiblemente nuevos esquemas operen ahora sobre la mente jurisprudencial romana. ¿No se tratará que se entiende ahora, aunque de modo no necesariamente reflexivo, que la antigua y minúscula custodia del *dominus* ha sido sustituida por la gigantesca pero análoga vigilancia tuitiva imperial del orden público? Si fuera esto así —y muy posiblemente lo será— no deja de ser interesante el ver cómo las instituciones políticas pueden influir de rechazo en las concepciones privatísticas. El esclavo es mantenido en *custodia*, como en un círculo concéntrico exterior, y como antes sigue la posesión gracias a esta figura potencial facilitada ahora por el propio Estado romano, que viene a prestar con su servicio público este papel englobante de cus-

*todia in nomine alieno*. Efectivamente en la época de estos juristas, la eficacia policiaca y de control de la organización política es lo suficientemente eficaz, para que siendo muy raro la posibilidad definitiva de fuga, se pueda producir esta extraña y original figura.

Estudia también Metro el papel de la custodia, no ya en la conservación, sino en la adquisición de la posesión. Así, puede observarse como una constante jurisprudencial: el hecho de tener la cosa en una situación a donde pueda llegar el poder detentativo del futuro poseedor es más que suficiente para empezar a serlo:

— Poner la cosa en el domicilio del adquirente (Celso, D. 41. 2. 18. 2).

— La *traditio clavium* de un almacén es el inicio de la posesión para las cosas allí custodiadas: vino (Paulo, D. 41. 2. 1. 21), mercancías (Gayo, D. 41. 1. 9. 6; Alejandro Severo, C. 4. 48. 2. 1), etc.

— Colocar la cosa en presencia del adquirente, es decir, con una proximidad tal que permita la custodia (Javoleno, D. 41. 2. 51 y D. 46. 3. 79).

— La *signatio* de la mercancía (Paulo D. 18. 6. 15 (14). 1) que aunque de naturaleza más dudosa —también es dudoso si es suficiente esta *signatio* para que se dé realmente la custodia de la mercancía *signata*— parece ser un inicio de la posesión.

— La aprehensión de las *ferae bestiae*, que según Gayo (D. 41. 1. 5. 1. texto posclásico de las *res cottidianae*) no bastaría perseguirlas, ya que pueden suceder muchas cosas hasta que podamos cogerlas, *quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus* (1).

El capítulo II de la obra de Metro constituye precisamente la versión obligacional de la *custodia* (págs. 93 a 212). Tras su largo estudio de la custodia-poder, soporte fáctico para la conservación de la posesión, es fácil pasar ahora a este nuevo aspecto. Esa custodia podría ser mantenida por persona distinta del interesado, como, por ejemplo, un depositario, arrendatario o comodatario. También la pérdida de la cosa custodiada implicaría —*ignorante domino*— la correlativa pérdida de la posesión en aquella sustentada.

Parte el autor de un análisis semántico del término *custodia*. El lenguaje humano es, sin duda, un buen maestro, y nos lleva como de la mano a la convicción de que —aún la *custodia* objetivizada, tal como se desprende de los textos clásicos— tiene necesariamente que proceder en su más remoto origen de un concepto de vigilancia.

Por si fuera poco, los cuerpos legales romanos no mantienen siempre una misma dirección a la hora de utilizar el concepto *custodia*. Si bien es verdad que la mayoría de las veces el *praestare custodiam* tiene un sentido puramente objetivo, como el *praestare dolum* o el *praestare culpam*, otras veces, sin embargo, el jurista clásico deja entrever un

(1) Quizá falte en este apartado de la obra la alusión a la tesis de PROCLUSO sobre la captura del animal mediante un artificio preparado de antemano, con la concurrencia de un ánimo general y abstracto de ocupación. Vid. GARCÍA GARRIDO: *Derecho a la caza y "ius prohibendi"* en Roma en *AHDE* 26 (1956) p. 291.

sentido subjetivo al tratar de explicar la responsabilidad como un incumplimiento del deber de vigilancia.

Precisamente algunos de estos textos con una *custodia* entendida desde un punto de vista subjetivizado tal como nos llega a través del jurista Juliano (D. 13. 6. 19; 19. 2. 41), textos que han sido muy discutidos por la doctrina romanística (Beseler, Wolff, D'Ors), son considerados por Metro, en su obra, como genuinos. Esto nos lleva a la conclusión de considerar a Juliano como un caso excepcional en el enfoque del problema (tal vez algún otro jurista pudiera acercarse a ese mismo punto de vista, como, por ejemplo, Javoleno y Labeón D. 9. 2. 57), ya que en su mente parece pesar bastante la razón de la vigilancia descuidada como factor básico de la responsabilidad por custodia. Si el autor tiene razón en su estudio del texto, quedaría este jurista del siglo II, como un verdadero precedente de la tendencia justiniana que trata de sustituir la concepción dogmática objetiva de los clásicos por un concepto subjetivo peculiar: la *diligentia exactissima*.

Falta en la obra de Metro, por otra parte tan completa, una exposición histórica de esta curiosa figura de responsabilidad objetiva de custodia. Hasta ahora la romanística, sobre todo la del siglo XIX, la enfocaba desde un punto de vista sociológico, y más modernamente, los estudios son más ceñidos a la crítica interpolacionística. Sin embargo, aunque muchas veces no se pueda salir de la pura conjetura, resultan interesantes las posibles hipótesis de esta figura clásica, cuyo carácter originario arcaico parece incuestionable. Que la institución es antigua nos lo demuestran los propios ejemplos que nos suministran las fuentes. Son todos oficios humildes típicos de una sociedad aún sin evolucionar. Si resistió la responsabilidad objetiva a todas las presiones que las tendencias espiritualistas de la jurisprudencia de los siglos I y II va insertando en el desarrollo del Derecho romano, tal vez sea porque, aún de modo no reflexivo, aquel elemento originario y antiguo de responsabilidad contractual objetivizado, está desempeñando el papel que dentro de la dogmática moderna cumple el riesgo que deben asumir las partes en los contratos.

Estudia el autor los distintos casos de responsabilidad por custodia ordenadamente: el depositario, el comodatario, los varios supuestos de *locatio-conductio*, en donde radican los ejemplos más típicos y significativos del *fullo* y del *sarcinator*, quizá históricamente anteriores a la estructuración definitiva de la figura contractual por obra del *ius gentium* edictal, sigue con el acreedor pignoraticio para terminar con la responsabilidad del vendedor *ante traditionem*.

Como es lógico, todas estas figuras vienen determinadas en el Derecho clásico por la acción utilizada, de tal modo que las acciones *in ius ex fide bona* permiten por más tardías y más elásticas una valoración universal de todo comportamiento del deudor contrario a la buena fe. Sin embargo, la actividad de custodia no puede considerarse incluida entre aquellos comportamientos exigibles al deudor según la buena fe contrac-

tual. Todos los supuestos de falta de diligencia en la guarda de la cosa o aparecen en la porción de riesgo atribuida al deudor o quedan fuera sin que se pueda entonces exigir responsabilidad.

Otros contratos como la *locatio-conductio rei* ofrece sus propias peculiaridades, porque mientras para los bienes muebles puede ser asimilado al comodato, para los inmuebles es imposible en la práctica encontrar algunas reglas de tipo general. Así, en cada caso, los contratantes configuran la responsabilidad a su arbitrio, ya que por tratarse de un elemento natural de la contratación, no tiene por qué darse en la vida jurídica diaria siempre con el mismo matiz. En efecto, la *lex locationis* encauza *ad casum* la responsabilidad por custodia. Esa es la enseñanza de Javoleno (D. 19. 2. 51. pr), Gayo (D. 19. 2. 25. 3), Ulpiano (D. 19. 2. 11. 1), Alfenio (D. 19. 2. 29), etc. Unas veces la voluntad de las partes y otras los usos locales determinan el modo de asignar el riesgo en estos contratos.

Termina, por último, el autor con un estudio de la fase final justiniana y hace notar la conocida tendencia compilatoria favorable a la responsabilidad subjetiva. Frecuentes interpolaciones sustituyen en los textos clásicos las expresiones originarias por otras nuevas con los modernos enfoques de la custodia-deber:

- *custodiam etiam diligentem debet praestare* (D. 13. 6. 5. 5),
- *qualem diligentissimus pater familias* (I. 3. 24. 5),
- *qualem bonus pater familias suis rebus adhibet* (D. 18. 1. 35. 4).

De Justiniano a la época posterior aún se notará una mayor confirmación de esta mentalidad legal en las *Basilicas* —*exactissiman custodiam*— (60. 12. 12. pr.—H. B. V. 455 y 60. 12. 15. 14.—H. B. V. 463) y en la *Paráfrasis* de Teófilo con su *exatissima diligentia* (Par. I. 4. 1. 16).

Sin embargo, aunque enfocada en el concepto bizantino de modo subjetivo, la *custodia* sigue en la práctica operando de igual modo, ya que, aunque con la nueva concepción pudiera ser posible una prueba liberatoria, ésta sería tan difícil dentro de la rigidez del superlativo, que la realidad diaria de la vida comercial vendría a ser muy parecida.

Falta quizá, en el logrado estudio de Metro, una alusión a la etapa postclásica con relación a la alteración de los textos. Pocas instituciones permiten un estudio escalonado de la etapa prejustiniana como esta doctrina de la responsabilidad por custodia. Así, puede comprobarse que antes que los compiladores llegasen a esa valoración subjetiva que el autor examina escrupulosamente, la jurisprudencia postclásica de los siglos IV y V mantuvo su propio criterio, ni clásico ni justiniano, como una fase propia y peculiar que podemos deducir de la *Collatio* (10. 2. 1-4). Curiosamente, en este pasaje se ha suprimido limpiamente toda alusión a la custodia del comodatario, pues al comodato se refiere el pasaje postclásico, y junto a la *utilitas contrahentium* en esta fuente definida ya con absoluta claridad, el autor de la *Collatio* parece indicarnos que la responsabilidad surge tan sólo del dolo y de la culpa.

Es por ello verdaderamente interesante la etapa postclásica, pues

supone en esta basculación entre la *custodia* objetivizada de los clásicos y el intento subjetivizador de Justiniano una auténtica situación intermedia. No falta tampoco algunos textos del Digesto, como, por ejemplo, el pasaje del libro 29 de Ulpiano *ad Sabinum* (D. 50. 17. 23), en los que se podría descubrir igualmente el criterio prejustiniano con la misma alusión exclusiva del dolo y la culpa como fuente de responsabilidad contractual.

Muy interesante, aunque quizá pecase de conjetural sería el descubrir los factores sociológicos y culturales que pudieron actuar en el cambio producido. Tal vez una vida jurídica más degradada y económicamente menos brillante que la de los siglos precedentes de esplendor, justificase el cambio de dirección en la interpretación de la responsabilidad. Si los siglos II y III son en cierta manera punto culminante en todos los órdenes, muy posiblemente la vida contractual contemporánea a los juristas clásicos exigiese el criterio objetivo en la custodia, mucho más perfecto, desde el punto de vista económico y práctico, y más de acuerdo con un ritmo rico y complejo en todos los aspectos del vivir cotidiano.

JOSÉ LUIS MURGA.

*Miscellanea Populetana*. Abadía de Poblet, 1966, 606 págs.

El glorioso monasterio de Poblet, tras un siglo de abandono y ruina, veía en 1940 restaurada su vida monacal. Al celebrarse los veinticinco años de este fausto acontecimiento, período de progresiva resurrección espiritual y material del cenobio, la comunidad del mismo ha querido dejar testimonio de tal recordación, dando luz en sus prensas a un volumen que bajo el título de la rúbrica, recoge una gavilla de estudios en torno a la antigua historia del monasterio, en sus diversas vertientes.

Anotamos aquí algunos de estos trabajos, recayentes sobre aspectos jurídicos e institucionales.

CABESTANY FORT, Joan F.: *La geografía de les propietats de Poblet segons els fogatges (s. XIV)* (págs. 311-318). Intento parcial de fijación geográfica de la propiedad rural del monasterio a través de los fogajes o censos de población catalanes del siglo XIV, proyectada en un ilustrativo mapa. Tal localización, delineando una completa unidad geográfica, presenta las características de una propiedad ideal para una explotación agraria de tierras de secano, con una producción muy idónea para el mantenimiento del monasterio. Las referencias demográficas tienen interés para señalar el movimiento descensional de la población en los lugares del aludido sector (Conca de Barberá y Las Garrigas), a consecuencia de la peste negra.

VINCKE, Johannes: *Tendencias político-eclesiásticas de Juan I de Aragón relativas a su Capilla real* (págs. 319-336). Publica el texto del «rotulo» dirigido por Juan I (1387 ?) al Papa Clemente VIII de Aviñón, con