

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado romano*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, Editorial Iustel, 2008, 375 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad y Mercantil.  
Letrado adscrito a la DGRN.*

*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.  
Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

Cuando el profesor Díez Picazo, como presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica, me pidió, dado su interés, que hiciera un comentario sobre el libro *Derecho Privado romano*, de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pensé que me encontraría con un manual clásico de Derecho romano de difícil lectura, farragoso, aunque profundamente documentado en textos históricos. Mi sorpresa fue comprobar que, por el contrario, se trata de un libro ameno, muy bien escrito, del que no pude interrumpir su lectura desde que lo comencé a leer. No voy a decir que se trate tampoco de una novela, pero sí que es de lectura fácil, comprensible y muy didáctico, aspectos que se agradecen cuando de Derecho romano se trata.

No es un tratado clásico de Derecho romano, sino una explicación de sus principales instituciones, estudiándolas con permanentes referencias al Derecho Privado actual. Aunque cuando uno avanza en su lectura, no sabe si está ante un libro de Derecho romano, con referencias al Derecho Privado actual, o más bien ante un brillante libro de introducción al Derecho Privado actual, con profunda base en el Derecho romano. Quizá sea las dos cosas.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid, demuestra así en esta obra, no sólo una profunda formación en su disciplina que le legitimaría para formar parte —de haber nacido veinte siglos antes— de «la autoridad de los prudentes», fuente de Derecho en Roma —pues no a todos estaba permitido crear Derecho—; sino al mismo tiempo, trasluce un arraigado conocimiento del Derecho Privado actual.

Se analizan en el libro principalmente conceptos e instituciones romanas, base —a mi juicio— de la formación de un jurista, pero a la luz del Derecho moderno. Se estudian conceptos como la justicia y los preceptos de la honestidad en Paulo y Ulpiano (*honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*); las fuentes del Derecho; la labor de los pretores; la configuración del *ius gentium* (formado por instituciones romanas y no romanas); las acepciones del Derecho natural; la distinción entre *ius commune* y *ius singulare* (con la imposibilidad de aplicación de la analogía a instituciones de Derecho singular); las

diferencias entre Derecho privado y público (por razón del origen de las normas, de su contenido, del interés protegido y de la posibilidad o no de su derogabilidad por las partes), etc. Todas ellas se nos exponen en el primer capítulo como instituciones romanas, pero con referencias al Derecho actual (como cuando se afronta el estudio de la doctrina de la emulación y el abuso de derecho, cuya formulación tiene sus precedentes ya en textos romanos), que lo hacen sumamente útil, entretenido y didáctico.

Conceptos jurídicos esenciales, pero muy actuales, como la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, son formulados en el capítulo II, donde se estudian las restricciones a la capacidad general (derivadas en el Derecho romano de la condición de mujer, de la infamia, de la religión o de la condición social o política); para abordar en el capítulo III las causas limitativas de la capacidad de obrar (edad, enfermedad mental, prodigalidad, o estados familiares diversos de la *pater familias*). El lector no deja de sorprenderse cómo en Derecho romano sólo tenía plenitud de derechos aquélla persona en la que concurrían al mismo tiempo las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia. Muerto el *pater familias*, los hijos sometidos a su potestad se convertían en *sui iuris*, a menos que no hubieran alcanzado la mayoría de edad —fijada en los veinticinco años— en cuyo caso se sometían a tutela. Ya en el Derecho romano esta tutela podía ser legitimaria, testamentaria y dativa. Lo impúberes, que superaban la edad de la infancia y se situaban entre los siete y los doce o catorce años (según se tratara de mujeres u hombres, respectivamente) eran capaces para determinados actos de contenido patrimonial como aceptar donaciones no sometida a donación o herencias no gravosas, exigiendo en otro caso el complemento de capacidad. Los varones mayores de veinte años y las mujeres mayores de dieciocho podrían solicitar anticipo de la mayoría de edad y la exención de la curatela prevista hasta los veinticinco ¡qué gran parecido a las instituciones actuales de complemento de capacidad de los emancipados!

Otros conceptos e instituciones —las más— han pasado al Derecho privado actual, como es la solución a la protección jurídica del *nasciturus* (aquí se entiende la puesta en administración de los bienes hereditarios cuando la mujer queda encinta o la equiparación que el art. 29 del Código Civil hace del concebido con el nacido a todos los efectos favorables); o la solución a si hay o no transmisión de derechos hereditarios en caso de fallecimiento en accidente común de varias personas con recíprocos derechos sucesorios, que el Derecho romano decidió a favor de la conmorienca y por tanto no transmisión de derechos cuando los fallecidos eran hermanos, solución que generaliza nuestro art. 33 del Código Civil. Es cierto que en Derecho justinianeo existió un régimen de presunciones de sobrevivencia en función de la edad de los fallecidos, cuando eran padre e hijo, pero tal régimen no pasó al Derecho actual, pese al intento del proyecto de Código Civil de 1851.

Importante clarificación de ideas se obtiene también en el capítulo III, cuando se aborda la explicación de la persona jurídica, que ya tenía su manifestación en numerosas corporaciones romanas, como los municipios, las colonias, las ciudades, las provincias, pero también las asociaciones. ¡Sorprendente el texto D. 3.4.7.1, relativo a que si la corporación quedó reducida a un solo miembro, éste puede demandar y ser demandado! Es nada menos que el anticipo a la solución moderna del levantamiento del velo de la unipersonalidad en determinadas circunstancias.

El Capítulo IV está dedicado al estudio de dos estados determinantes de la capacidad jurídica y de obrar, como son el *status libertatis* y el *status civitatis*,

instituciones esta vez más exclusivamente romanas, dada la inexistencia contemporánea de la esclavitud. Pero es llamativa la relación que hace el autor entre las causas de adquisición de la ciudadanía (por nacimiento, por ley, por concesión discrecional de la autoridad política y por manumisión) y su relación con los supuestos actuales de adquisición de la nacionalidad española. En particular, la ciudadanía romana se adquiría por nacimiento de padre ciudadano romano y madre desposada con él en matrimonio legítimo; y también por nacimiento de madre ciudadana romana en el momento del parto, aunque sea de unión que no fuera matrimonio legítimo. Criterio, el del nacimiento de padre o madre españoles, que sigue en la actualidad el artículo 17 para la atribución de la nacionalidad de origen.

Aborda el autor, en los capítulos V y VI, el estudio de instituciones de Derecho de familia, como la agnación (concepto amplio de grupo familiar o parentesco civil); la cognación o consanguinidad (parentesco de sangre); la afinidad; la patria potestad; la adopción; la emancipación; capacidad patrimonial de los hijos de familia; matrimonio y sus efectos; uniones de hecho; esponsales, y disolución del vínculo matrimonial, entre otras causas por divorcio. La libertad de divorcio fue casi absoluta hasta comienzos del siglo IV, en su doble modalidad de *repudium* —unilateral— y *divortium* —de común acuerdo—, si bien los divorcios sin causa justificada fueron objeto de reprobación social ya desde la República; y por influencia de la filosofía cristiana, aunque no se cuestionó el divorcio, se impusieron sanciones para los divorcios sin causa justificada.

En los capítulos VII y VIII se analiza en la obra la figura del negocio jurídico. Aunque el concepto de negocio jurídico nace en la pandectística alemana, en particular de Savigny, no obstante, en el Derecho romano ya existían los conceptos básicos en los que se asentaría esa doctrina. El término *negotium* es latino y su utilización es frecuente en los textos jurídicos romanos. En Derecho romano se pasó de una época primitiva, en la que la mayor parte de los negocios jurídicos eran abstractos, hasta una etapa posterior, en la que la mayoría de los negocios tuvieron naturaleza causal. Y el autor se encarga de rebatir la tesis generalizada de que los negocios en Roma eran formalistas, tópico sin fundamento, pues prevalecieron los negocios libres de forma.

Los elementos esenciales del negocio eran la capacidad jurídica y de obrar; la voluntad de los intervinientes, que debía no estar viciada por violencia, intimidación o dolo; la expresión de tal voluntad para que produzca efectos y que sea concorde con la voluntad interna. En Derecho romano la regla general dispone la no validez del negocio simulado y la validez del negocio disimulado. Las distintas clases de error (en el negocio, en la persona, en el objeto, en la materia y en la cualidad) y cuándo son esenciales y cuándo no, son estudiadas también en la obra, pues eran conceptos acuñados también en Roma.

Los elementos accidentales del negocio (condición, término y modo) en el Derecho romano y sus relaciones con el Derecho privado actual, son también parte de este interesante capítulo VIII, que continúa con el estudio de la invalidez del negocio jurídico (con carácter general las causas que producen la nulidad del negocio son propias del *ius civile*, mientras que en el Derecho pretorio predomina la anulabilidad), y finaliza con instituciones tan actuales como la representación legal y voluntaria y, dentro de ésta, la representación directa e indirecta.

En los capítulos IX a XVIII se estudian las diferentes clases de cosas (especial interés la que distingue las *mancipi* de las *res nec mancipi*); la posesión,

la propiedad y los derechos reales. Es quizá la parte que más me ha interesado, quizá por deformación profesional como especialista en Derecho Civil Patrimonial. Destaco ideas del autor, como la afirmación de que las categorías de derechos reales y de derechos de obligación son fundamentalmente de origen romano, aunque fue la elaboración dogmática de los interpretes medievales la que acuñó el concepto de *iura in re aliena*. La distinción vino principalmente a través de la elaboración de la doctrina de las *actio in rem* y *actio in personam*. Desde entonces poco hemos evolucionado en materia de derechos reales. Las categorías de derechos reales existentes en Derecho romano, tipificados y protegidos por acciones reales, eran —como lo siguen siendo hoy— los siguientes: propiedad; servidumbre; usufructo; uso; habitación; enfiteusis; superficie; prenda; hipoteca; incluso la fiducia como garantía real era una forma de garantía real. Ya se conocía la distinción entre derechos reales de goce y de garantía. Y la propiedad no era en Derecho romano un derecho tan absoluto como a veces se piensa. Ya existían limitaciones establecidas en interés general. Y yo me pregunto, ¿hemos avanzado gran cosa en materia de Derechos reales con relación al Derecho romano? Pocos derechos reales nuevos se han abierto camino desde entonces (aprovechamientos por turnos, tanteos convencionales, y poco más).

No se llegaba a la concepción actual de la defensa de la función social de la propiedad, pero existían pasos o servidumbres forzosas de acceso a vías públicas; prohibiciones derivadas de razones de policía (por ejemplo, incineración o sepultar cadáveres en la ciudad); el uso de fundos ribereños con ríos; incluso se conoce en la época justiniana la institución de la expropiación por causa de utilidad pública, previo el pago de una cantidad fijada.

Por otra parte, la propiedad quiritaria, propia de los bienes inmuebles situadas en suelo itálico y adquirida por *alieni iuris* a través de formas solemnes, como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, va abriendo paso a una propiedad más flexible, la bonitaria, amparada por el pretor a través de la *actio publiciana*, que es la propia de quien ha adquirido sin los requisitos de la propiedad quiritaria, pero que adquiere la posesión, y puede llegar a adquirir por usucapión.

En fin, este libro nos demuestra que desde el Derecho romano está todo inventado en el ámbito jurídico. Que se puede saber más o menos, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN demuestra saber mucho, pero que poco cabe por innovar... En lo sustancial, en las instituciones principales, que son las que se analizan en esta obra, no somos sino alumnos —a veces aventajados— de nuestros ancestros romanos. Por eso igual que se denomina «Derecho Privado romano», bien pudiera haberse llamado este libro «Derecho romano privado» o simplemente «Principales instituciones de Derecho Privado a la luz del Derecho romano».

Mi más sincera enhorabuena al autor.