

## RECENSIONES

### REVIEWS-REZENSIONEN

Javier PARICIO, *Contrato. La formación de un concepto*, Cuadernos Civitas, 2008.

Las líneas que siguen debieron aparecer a primeros del año en curso para dar noticia de la aparición, en torno a las Navidades de 2008, de un jugoso *Cuaderno Civitas* de rara utilidad para los iusprivatistas a quienes nos sigue interesando (pocos y menguando) saber qué hay detrás de las ideas jurídicas motrices de nuestro arte (por eso se lleva tan mal con los sistemas de medición pensados, mejor espionados, para un remoto control de la investigación científica), también de los términos (*tropos*) que tratan de expresarles transmitiendo de forma directa la estructura del pensamiento que idea y tropo cobijan.

La obra de Paricio parece inspirada en su presentación y estructura por nuestro común paisano el jesuita Gracián, dada su concisión, su brevedad y la preñez de ideas y sugerencias de las cien páginas en octavo que constituyen la obra. «Lo breve, si bueno, dos veces bueno» sin duda era y es cierto en los tiempos de la crisis final del barroco y en los actuales de evaluaciones al

peso de lo no leído y menos meditado, pero tal vez convendría aderezar la concisión y ampliar el deleite. Otras cien páginas favorecerían, entiendo, la digestión cerebral de algo vital que necesitamos (algunos al menos) conocer, saber e incluso discutir con vivacidad.

El estudio nos enfrenta a bastantes datos, a muchas ideas, a ciertas contradicciones más que explicables y razonables, así como a proyecciones que pueden servir para revisar ciertas convicciones excesivamente confiadas en la fama de los intermediarios y no verificadas en los textos de los que afirman traen causa. De todas esas posibilidades de información formativa (ninguna de ellas serviría para justificar esa quinta parte de un sexenio con los módulos existentes) me interesan tres aspectos —hay muchos más y el lector curioso e impaciente sin espíritu inquisidor encontrará el suyo o los suyos compartidos o no con los míos—: el de la teorización dogmática abstracta, eso que nos hicieron creer que no existía en la Roma de

verdad; el método de ruptura de la cronología intencionada (eso creo), que nos lleva a la certidumbre falsa (casi siempre serán falsas las certidumbres) de que a cada época social, política, cultural y, dentro de ésta, jurídica se corresponde un tipo de pensamiento, y además visto y valorado con el lenguaje del tiempo del estudioso y con los valores, intereses y prejuicios propios del lector en faena de investigador; y el de la incorporación al discurso jurídico romano, siempre tan propio y definitorio del carácter de la cultura romana, del análisis de la realidad que es propio y peculiar también de la filosofía griega incorporada plenamente a la labor intelectual de los jurisperitos romanos con sus deficiencias, sus contrastes y sus marcadas diferencias.

Las cien páginas de Paricio se pasean a lo largo de tres siglos del mundo romano, los tres más felices de Roma, es decir, los más fértiles en obras del espíritu y sus materializaciones prácticas que constituyen el grueso legado de Roma, del que sólo los infelices (o sea, los estériles, laureados o no) se desentendían y, a veces, hasta desprecian con altanería (jactancia ignara). Se trata del último siglo de la República y los dos primeros del Principado; tiempos muy revueltos, pero muy sustanciosos. El texto no hace mención a los intereses en juego, al sustrato político y/o economí-

co que sirve al interés de aquellas disquisiciones y construcciones teóricas. Los de entonces y los de ahora (no interesados en el método vacuo) sabían que no hay praxis productiva sin un bagaje teórico bien cimentado, porque la repetición incluso de lo bien hecho sólo conduce a la artesanía, los verdaderos avances requieren de algo más que la repetición, la paciencia y la perseverancia, que, siendo necesarias, requieren a su lado de las ideas innovadoras y de la dialéctica constante entre lo viejo y lo nuevo.

El autor, muy consciente de que el lenguaje es estructura (por supuesto con diferentes planos y con variadas interrelaciones entre ellos), ha roto con premeditación absoluta el sistema de sucesivas adiciones conceptuales que se generan, en el periodo de referencia, acerca del término *contractus*, que siempre ha sido equívoco, como nos lo pusieron de relieve Fenet y Locré en sus crónicas sobre la codificación civil francesa que culminó en 1804, conduciéndonos con habilidad pedagógica a la almendra de la cuestión. O sea, a la posibilidad de generar normas privadas con valor entre las partes y con proyección social en un contexto de intercambio de bienes y servicios que no se agota en el marco de los negocios típicos. Por ello creo que los destinatarios de este magnífico y rico opúsculo no son precisamente los romanis-

tas, sino los privatistas, y de manera muy especial los civilistas (bueno, algunos de ellos). A los romanistas entiendo que Paricio les hace merced del sin duda importante, aunque escueto, aparato de notas y del índice de fuentes.

La referencia al estructuralismo del lenguaje tiene poco que ver con el lugar común con que tal término se emplea en nuestra variopinta comunidad de personas e incluso de intereses (también resultan variopintos sin los valores morales que, bajo el aparato formal de actos, resoluciones y valoraciones, se esconden) y sí mucho con la responsabilidad del buen hacer que nos han trasferido los eminentes estudiosos del lenguaje de los últimos cien años: detrás de los conceptos hay valores éticos y morales (elijan si quieren la raíz griega o la latina, pero no pretendan que haya diferencias de significado). Es por estas razones, entiendo, por las que el autor, que algunas veces (más bien pocas) nos hace gracia de una correctísima, por bien pensada, traducción de textos del latín al español, prefiere de ordinario citar directamente en latín (transcribiendo siempre y sin excepción la versión más correcta) por mucho que para los más de los privatistas la originalidad suponga más una carga, bien porque nunca han sabido latín —los más jóvenes—, gracias a la labor consciente del Ministerio de Educación

desinstructiva que padecemos sin interrupción, ya sea bajo la autocracia, sea bajo la democracia vacía de valores verdaderamente democráticos: la partitocracia clientelar. Este *onus* que, de forma no accidental, si no consciente e intencionada, nos transmite Paricio, como ocurre con todo modo que lastre una relación jurídica, aquí la relación lúdica del autor-lector, tiene la función de resaltar las palabras para contrastar las relaciones entre significantes comunes y significados diversos que se derivan de toda enseñanza verdaderamente escolar. Éste es un valor sólo comprensible para quienes hemos tenido la dicha y la fortuna impagable de tener verdaderos maestros, es decir, hemos sido conformados (instruidos y dotados de valores) por personas competentes, desinteresadas y entregadas (en una palabra, sabios).

Tras el riguroso discurso sin concesión alguna para la galería erudita y la ordenación por capas intelectuales del mismo con la ruptura de la cronología, ya señalada antes, se esconde la suculenta almendra que el autor nos presenta.

Esta idea capital no es la visión del concepto de *contractus*, como noción recapitulativa de los elementos comunes que se repiten en los distintos contratos típicos, que desde luego así ocurre, sino más bien como un elemento central de referencia en la distinción, sin nece-

sidad de enfrentar criterios ni concepciones, entre obligaciones civiles y delictuales (posición gayana), de una parte, aquí el contrato tiene valor de fuente; en tanto que, de otra, se verá al contrato como un acuerdo de voluntades relevantes, tanto como para generar de por sí obligaciones con acción, es decir, obligaciones civiles.

Esta segunda y específica perspectiva resulta capital para poder derivar a partir de ella un tratamiento de los vicios que tales voluntades contractuales puedan sufrir y, en el caso de que así ocurra, dar lugar a la nulidad del contrato celebrado y, por concatenación lógico-sistemática, a la nulidad también de las obligaciones civiles generadas a partir del contrato (posición de Sexto Pedio que se generalizará para la posteridad a partir de la cita de este autor en un texto de Ulpiano).

A partir de estas dos posiciones no enfrentadas, pero sí hijas de dos o más distintos discursos escolares (relación entre maestro y discípulo de naturaleza superior a la del habitual aprendizaje), pues en tanto que la postura gayana está pensada para subrayar la naturaleza de la acción que acompaña y caracterizar a estas obligaciones desentendiéndose, en apariencia al menos, de su origen, la posición de Sexto y Ulpiano se contrae en exclusiva al instante generador de algunas obli-

gaciones civiles (no de todas ellas, pues la realidad jurídica que se examina es más concreta que la que contempla Gayo).

Presentadas las cosas con la maestría dialéctica de la que hace gala Paricio, la posición gayana guarda relación directa con el significado más amplio del verbo *contrahere*. De éste dice mi admirado Gaffiot que significa: «*s'engager dans un rapport d'obligacion [quel quil soit]*», exactamente como si el autor del Diccionario estuviere pensando en la cuestión que aquí se suscita. Además, este autor contrapone este significado del *contrahere* general, por amplísimo y de carácter pasivo, a otro significado de naturaleza activa y carácter estricto: «*s'engager par un contract à...*».

La primera serviría para la posición de Gayo y la segunda conviene para las ideas de Sexto Pedio y Ulpiano. Éstos parten, en el análisis que examino, de la evolución del sustantivo *contractus* que significa, de nuevo Gaffiot, tanto «contrato», cuanto «convención, pacto, transacción, etc». Esta misma línea discursiva es la que mantiene Paricio cuando, con una brillante y práctica metáfora, afirma que «la *conventio* se ensimisma con el *contractus*», es decir, el acuerdo de voluntades, en tanto que conformador de un negocio, se convierte en causa y a la vez título de algunas obligaciones civiles.

En tanto la posición gayana busca la seguridad jurídica y la alcanza por la vía del análisis *a simi-le*, la línea del discurso que culmina en Ulpiano da lugar a una trabazón constructiva y generatriz de conceptos que se apoyan sucesivamente en una serie causal (a la romana) sin incurrir en las implicaciones que serán más propias de la moralina finalista que desemboca en el moderno buenismo tras efectuar una escala prolongada en la interdicción de la inmoralidad, por supuesto referida a aquella moralidad que tiene menor repercusión en el proceso constructivo del pensamiento social.

Una de las conclusiones más atractivas del estudio que nos ofrece generosamente Paricio es el de las pistas de la formación «escolar» de una larga saga de relaciones de magisterio existente entre determinados jurisconsultos romanos de primerísima fila. El que liga a Servio con Labeón abre para nuestro conocimiento caminos que nos permiten comprender cómo la jurisprudencia romana tiene un evidente y bien acumulado poso cultural, por lo que es preciso no confundir ese maravilloso mundo de riqueza cognoscitiva profunda con una especie de practicismo de corto alcance salido de la aplicación judicial del derecho al caso, como si la situación de la Roma más refinadamente culta y su mejor fruto: el Derecho romano, fuese equivalente a

la situación de nuestro tiempo en la que unos jueces informados, pero insuficientemente formados, limitan su función a la práctica de unos ejercicios de lógica mental y voluntarista que después se racionalizan en la escuela, en los edictos y, por último, en la Compilación justiniana. Este grave y generalizado error no proviene de un déficit cultural muy propio de nuestro tiempo, amante de la praxis sin demasiadas exigencias intelectuales, que se ocupa también y en gran medida en la búsqueda intencionada del ejercicio personal del poder por quienes ocupan posiciones determinantes de influencia social, careciendo de la *prudencia* y la *auctoritas* que, desde siempre, han sido exigibles a todos aquellos que están llamados a servir la seguridad de la justicia y a afirmar y mantener los valores que resultan inseparables del ejercicio honesto del poder.

Estoy convencido de que la equiparación labeoniana entre los conceptos *synallagma* y *contractus* de los que nos deja constancia Ulpiano en el parágrafo del Digesto 50, 16, 19, no fue fruto de un argumento retórico que se refuerza con el recurso de emplear un cul-tismo, como hoy son bastante frecuentes entre nosotros con citas meramente reforzativas hechas, bien a los clásicos, bien a los grandes maestros. En esta referencia del Digesto, por supuesto, se produ-

ce un efecto cultista, pero se trata también de una referencia amable para con la escuela a la que se adscribe Ulpiano y, sin más, una manifestación de los múltiples caminos que se ofrecen al estudioso a partir de la concordancia intelectual existente entre el concepto griego y el latino. Creo que para el estudioso actual sería conveniente (desde luego no se trata de una necesidad) recorrerlos todos ellos, sobre todo para devolver una apreciable dosis de realismo a las disquisiciones modernas sobre la causa (tanto para verificar si es como para negar que sea un requisito esencial del contrato, o para establecer la relatividad del concepto, o incluso si resultaría conveniente su supresión para despejar de entre nosotros esa dialéctica de confrontación dogmática entre causalismo y abstracción causal) y también en las construcciones neoperemnistas de Derecho. Ambas posiciones se nos presentan, casi siempre, desgajadas de la materialidad de los casos en que la cuestión debe ser tenida en cuenta y de espaldas a la utilidad real de la discusión para la optimización de los resultados.

Para mí el núcleo de esta cuestión (en la acepción literal del término núcleo: la parte blanda y alimenticia del fruto que se esconde tras una o varias capas duras) se encuentra en la nota 31 del texto de Paricio, en la que se citan obras de

Biscardi, Dallo, Massarra y Groschler, es decir, en una referencia eminentemente cultural del periodo en que, de forma no necesariamente pacífica, se acuña en Roma el concepto autónomo de *contractus* y el papel que para ello desempeña directamente (más que probablemente) el concepto de *synallagma*, de forma que el valor significativo de la idea de *contractus* se incorpora a todos los negocios celebrados de buena fe dotándolos de acción civil. Para ello hay que tener muy en cuenta que los textos normativos romanos relativos a la ordenación jurídica (en sentido amplio) se siguen expresando bajo el Principado en riguroso latín, pero que junto a esta realidad comprobable hay otra más difusa, pero igualmente cierta, cual es que desde el final de la República y durante todo el Principado en Occidente, la totalidad del conocimiento y el acceso a las grandes ideas de la sociedad romana se elaboran, transmiten y se analizan y critican en griego, casi sin excepciones. En este maravilloso idioma para la construcción de conceptos y para la controversia dialéctica sobre los mismos, el significante *synallagma* ofrece una gracia de posibilidades que resulta desbordante y muy tentadora que intentaré resumir.

Para empezar, el prefijo *syn* aporta siempre la presencia de un pensamiento concorde con un mismo origen y con resultado igual y plu-

ral, pero no siempre una simple o compleja interrelación entre sujetos u objetos de un acto o acuerdo. Por cuanto se refiere al sustantivo *allage*, sugiere la idea de cambio, compensación o composición, y para su incorporación plena a la tradición romana de la obligación: «precio por la muerte producida». Este término trae causa originaria del verbo *allasso*, cuyas acciones dominantes son las de cambiar o alterar, así como un mayúsculo número de derivados en torno a componer, configurar, diseñar, desginar, etc.

El término *synallage* ofrece, asimismo, bastantes significados derivados de la acepción principal: «intercambio de relaciones». Así tenemos «comercio íntimo», en un lado, y, en el otro extremo, «entregarse a los dioses en un acto propiciatorio», en tanto que el plano medio y mucho más cercano a nuestro propósito nos lo encontramos con «relaciones o negocios» y «tratados de paz». Bailly, autor del excelente diccionario griego-francés, enumera estos significados con citas en los siguientes autores clásicos respectivamente: Eurípides, Sófocles, Tucídides y los dos últimos en Jenofonte. Como consecuencia evolutiva de los términos y significados anteriores, *synallagma* significó para los griegos «relaciones de negocios» y de éste se derivó «negociación» y «pacto»; para los greco-bizantinos el significado se contrae

casi exclusivamente a «contrato», por supuesto sin necesidad de que la relación negocial de que se trate contemple entre las partes un intercambio de prestaciones recíprocas.

La aportación más genuinamente romana en esta importante, por trascendente, evolución no es otra, nada menos, que la de advertir la no relevancia de la acción de pedir el cumplimiento de la obligación debida (prestación) sin mediar el cumplimiento u ofrecimiento de dar satisfacción inmediata que corresponde efectuar a la parte actora (contraprestación), consecuencia que en el texto de referencia (D. 50, 16, 19) trata de resaltar Ulpiano e incluso de universalizar, de ahí la cita a la solución griega del *synallagma* y la cita a Labeón, todo mucho antes de que la compilación justiniana trate de «normalizar» la solución. De la época de Ulpiano, según parece, procede la extensión de esta solución por analogía sistemática, como por raciocinio ético, del *synallagma-contractus* a todos los negocios de buena fe (incluyéndose entre éstos tanto los contratos atípicos, cuanto los actos), de ahí la importancia oportunísima de la cita a la aristotélica *Ética a Nicómano* que da relevancia a las citas de la nota 31 y que, a mi juicio, debería constar en el texto principal.

Sin duda el discurso de construcción dogmática resulta no sólo muy atractivo, sino fácilmente

comprobable del juego de los textos normativos respecto a la realidad de la economía del pensamiento romano de esos trescientos años o poco más, los más brillantes, fértiles y esplendorosos de la civilización romana clásica, que regenera, difunde y también desgraciadamente simplifica el pensamiento griego, en especial la ética y la lógica: los dos fundamentos de toda evolución positiva del Derecho en todas y cada una de sus diversas facetas y manifestaciones prácticas en su contexto social.

Ahora bien, siendo lo anterior cierto e incluso necesario para todo cambio evolutivo positivo, hay que tener en cuenta que la masa del tráfico romano en esta época es de tal volumen e importancia que resulta difícil de imaginar, y no sólo porque de cualquier tiempo anterior al nuestro pensamos, no sé bien por qué razón y sinrazón, que su desarrollo comercial y jurídico debe ser marcadamente inferior al nuestro y la vida social necesariamente menos compleja, simplezas propias de nuestra injustificada e irreflexiva arrogancia.

El volumen del comercio y la complejidad de las relaciones hace evidente que el esquema rígido y formal de los contratos típicos resultaba francamente insuficiente. Una contratación abierta a más amplias posibilidades era imprescindible.

El comercio exterior requería, entre otras muchas posibilidades,

someter los contratos a condiciones complejas y a términos decisivos (*ex Asia venisset*) en cuanto a los diferentes efectos; a supuestos muy diferentes de financiación anticipada de las operaciones de exportación e importación y del correspondiente aseguramiento (obligaciones alternativas); a la diferenciación por calidades y procedencias de determinados objetos para los que es menester reducir y concretar los tipos de género dentro de la especie de las cosas; a fijar tipos variables y bastante sutiles de intereses, comisiones y medios reales de estabilización de una economía crecientemente monetaria, pero que fía bastante poco en el papel, habida cuenta la beligerancia de una sociedad en cambio, no siempre evolutivo y más frecuentemente revolucionario (tiempo de terribles guerras civiles que no frenan la idea imperial de los romanos de conquistar el mundo conocido), y a un sinnúmero de problemas que todavía no estamos en condiciones de responder. Algunos pasajes y conocimientos del mundo romano nos están tan vedados como las técnicas de construcción de los egipcios o la fiabilidad de las matemáticas de los sirios.

Para este cambio cualitativo y cuantitativo viene como anillo al dedo el concepto de *synallagma*, y el de negocios de buena fe y la ampliación analógica de los estrictos

cauces de los tipos de contrato solemnes, formales y rígidos.

De parecida forma a negar la capacidad de abstracción y de construcción de los juristas romanos es condenarles a vivir y permanecer en los estereotipos del ingenuismo infantil de las ideas republicanas, cuya sublimación se ha producido con la explicación de los cambios observables en una sociedad tan rica en matices como lo fue la romana. Los romanos dejaron de ser un pueblo de pastores y agricultores antes de que la República pasase el ecuador de su existencia, lo que ocurrió es que, como toda sociedad que alcanza el éxito, se mostraba sumamente conservadora y exigía a sus prohombres para ocupar puestos de su categoría social que, además de ser ricos de verdad, fueran propietarios de latifundios, propiedad que confería a cualquier «hombre nuevo» la posibilidad de emparentar con la sociedad asentada y reconocida. Ahora bien, la agricultura en Roma era poco rentable, hasta el punto de que los alimentos básicos tenían que importarse de las colonias y del exterior.

Los contratos consensuales y onerosos (los *synallagma*) fueron el instrumento del que se sirvieron para cubrir sus crecientes necesidades, y su triunfo no es tan sólo el fruto de la sutileza de la técnica jurídica, sino también resultado de la exigencia real de buen fe en los ne-

gocios: a los incumplidores se les arruinaba a conciencia y se les excluía del mundo que contaba en aquella época; escaso, pero bastante más amplio que el que nos imaginamos nosotros.

A los civilistas no nos puede sorprender, ni siquiera mínimamente, que en el Derecho romano hubiera dificultades y resistencias para admitir pacíficamente una categoría institucional unívoca en torno al concepto de *contractus* y más, si cabe, a la equiparación absoluta entre *contractus* y *synallagma*, ni a la aparición posterior de clasificaciones (con trascendencia oficial) que prescindan del término *contractus*—tal vez por su parentesco ideológico con el *synallagma*— y fijen de nuevo su atención en la convención, términos que no siempre resultan ser sinónimos como con claridad se nos manifiesta en esta obra.

La sorpresa en todo caso se podrá manifestar en aquellos que se empeñan en leer la evolución de la jurisprudencia (en los sentidos romano y alemán) de forma lineal, sin baches y sin retrocesos, considerando que un siglo o dos son muchísimo tiempo para los comportamientos humanos de relación (normativos o no normativos) y se aprestan a discutir nimiedades como si las normas legisladas deben entrar en vigor el día siguiente al de su publicación, a los veinte días o en una fecha singular señalada

por la norma, sin enterarse de que de ese modo matemático entran en vigor los cambios institucionales más o menos menores (siempre menores), pero no así las instituciones. Éstas siguen un periplo *sui generis* que suele ir de la práctica social (con acción y normalmente sin ella) hasta una primera maduración doctrinal; de ésta (si convence) se cuela como la lluvia fina en el sustrato (no siempre consciente) del hacer judicial afectando a una forma de proceder (más o menos fija o tenida por tal), dando lugar a leves y repetidos cambios que se adicionan; de ahí se suele pasar a una fase crítica de la doctrina más conservadora (las más de las veces) o a la depuración también crítica de la doctrina más rigurosa (este proceso puede repetirse con interacción entre las distintas actitudes y orientaciones doctrina-

les) para desembocar una vez, o varias, o repetidamente, en la práctica jurídica extrajudicial y judicial, y exclusivamente en los tiempos modernos, en los que los Parlamentos se han creído de sí mismos que son el poder legislativo en vez de un poder residual de utilización y legitimación formal de las legislaciones (por supuesto cuando éstas son verdaderas legislaciones) y si legislan (más o menos) cuando la legislación resulta ser de usar y tirar<sup>1</sup>.

Cuando el tráfico en Roma es el propio de una gran potencia de base plutocrática y un consumo gigantesco, resulta evidente que el esquema formalista y típico de los contratos reconocidos como tales resulta estrecho, pero el sistema sumamente abierto del Derecho romano arbitrará remedios no siempre adecuados y satisfactorios, pero

---

<sup>1</sup> Véase si no lo ocurrido con la Ley Concursal de 2003, un texto presentado como el bálsamo de Fierabrás para las crisis económica, y así, cuando sucede una crisis real y no política-periodística como la presente, la Ley resulta ser una entelequia político-teórica absolutamente irreal y la especialización judicial una castaña pilonga en la que se confunde intencionadamente una especialización meramente escolar y sin demasiado fundamento en una interesada manipulación profesional que, de una parte, se niega para unir a notarios con corredores de comercio, en interés de éstos, en tanto que, de otra, se separa la jurisdicción en primera instrucción lo civil y lo mercantil, siguiendo en dirección contraria el mismo interés particular. Es decir, el interés de los improvisados profesionales de una discutible rama de la exposición del conocimiento, no del conocimiento propiamente dicho, se traslada a la ley y a un orden procesal y profesional separables pero no necesariamente separados. No escandalizarse ni sorprenderse, así se ha legislado siempre en todos los lugares y en todas las culturas; ahora, al menos, no empleamos la justificación en Dios o en los dioses y no perdemos el tiempo en justificaciones finas, sí en burdas motivaciones. El cambio por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, describe que las situaciones de crisis, o sea, el incumplimiento en masa de las obligaciones contractuales, se debía a conveniencia del comercio y ahora a una crisis externa ajena a esa actividad. Bueno es que los comerciantes y los banqueros son unos santos, los legisladores siempre menos sabios y los beneficiarios de ambas dos improvisaciones legislativas unos pobrecitos frailecillos mendicantes discípulos de Fray Dulcino y de estrictísima observancia.

sí suficientes para la solución sensata de los problemas con que se tropezaba la práctica. Unas veces se acude a la inducción sacando a primer plano la convención como elemento esencial y común a todos los contratos típicos, y de esta conclusión se derivará la admisión de acción por la vía de la aplicación analógica «*et coeteris similes contractus*» (aquí la voz «*contractus*» explicita la existencia de una convención con acción incorporada frente a las convenciones ordinarias para cuya defensa será preciso acudir a la excepción de argumentos que se extraen de los textos D., 2, 14, 7, 1, y D., 2, 14, 7, 2, todos ellos sacados de Ulpiano). La acción y su carácter de obligación se hace derivar no del *nomen iuris* (lógicamente), sino de la existencia y subsistencia de una causa de la obligación civil que se explicita en el contrato.

Me parece que es la vertiente procesal, siempre en el primer plano del pensamiento jurídico romano, la que nos da la perspectiva real o ideal de las diferencias que separan las ideas de Labeón y Aristón, su discurso interno gira en torno a la justificación-exposición-explicación de la acción que permite en los contratos exigir judicialmente la prestación debida, sin que adquiriera verdadero relieve problemático la cuestión dogmática del por qué se cumple espontáneamente un contrato.

En Labeón interesa la identidad de la acción que dé vigor a todos y cada uno de los contratos típicos.

En Aristón, uno o dos pasos más allá, lo que cuenta es la relevancia de la convención sinalagmática para conferir acción a las convenciones onerosas típicas, en cuanto mantengan la causa de su formulación en *synallagma (subsistat tamen causa)*.

La posterior aplicación de una acción contractual general subsidiaria entiendo que cierra un ciclo de casi constante admisión del contrato como fórmula de obligarse, lo que ocurre es que los romanos (por cierto, como ocurre con los ingleses y los anglosajones en general) no se sintieron nunca obligados a sustituir lo viejo por lo nuevo, y menos a prescindir de lo que fue útil en razón de que se cuente con instrumentos más amplios y potencialmente generales. Para que haya derogación es preciso que haya una clara superación, y en el caso de estos tres estudios a que nos referimos no se observa la más mínima colisión. Además, la identidad de razón que la lógica jurídica exige para la aplicación verdaderamente funcional de la interpretación analógica es que se mantenga el elemento originario y los siguientes pasos sucesivos e intermedios si los hay. La razón de que la ley nueva derogue la ley anterior no es una cuestión ni siquiera de seguridad

jurídica, sino de una muy discutible concepción de la jerarquía que lleva a quienes detentan el poder en un momento dado a hacer tabla rasa de lo anterior. Probablemente tiene que ver con el sentimiento de falta de legitimación de las revoluciones triunfantes para efectuar determinados cambios que no traen causa de las reivindicaciones iniciales del pensamiento revolucionario, sino más bien de liberarse los novísimos detentadores del poder de controles preexistentes y de apropiaciones no suficientemente justificadas. La *actio praescriptis verbis* tiene todo un aroma causal y una filiación propia del discurso analógico que en el pensamiento jurídico romano lo ligaba a sus antecedentes próximos y remotos<sup>2</sup>.

Esto mismo debieron tener en cuenta los compiladores justinianeos, pues por ello se parte de la obra de Ulpiano y se mantienen las citas y referencias que éste efectuó, bien como fundamento de su propia tesis, bien como contraste a las mismas. De ahí el especial interés del tratamiento en cuestión.

El texto de Ulpiano (recogido en D. 2, 14, 1, 3), con referencia preliminar a la elegancia de Sexto Pedio (por cierto, que en los ejemplos de que se sirve Gaffiot para ilustrar el adverbio *eleganter* se asocia la ele-

gancia a aquello que es justo, emparentando, como debe ser, la ética con la estética), apunta directamente al consentimiento como fundamento real del nacimiento de cualquier obligación y del valor de las convenciones como contrato. Paricio, con toda razón, apunta a la reversibilidad del argumento y subraya, conforme a la doctrina del texto, la dualidad del camino: la convención requiere de consentimiento convergente, y el acto formal, el acto real o el consentimiento requieren a su vez de acuerdo, para concluir que la noción de contrato en sentido convencional se debe a Pedio y de ello da fe y constancia Ulpiano en este texto.

La generalización e identificación de la acción en que coinciden Ulpiano y Paulo se seguirá produciendo, pero a la ausencia del término *contractus* en la definición de Modestino, que prefiere la enumeración de la cosa, el acto formal y el consenso; no obstante, creo que exagera un poco Paricio cuando afirma que «ni siquiera cuando la jurisprudencia romana creadora estaba lanzando su canto del cisne, se había alcanzado unidad de criterio sobre el modo de configurar las fuentes de las obligaciones». Después de haber leído y releído a Paricio creo que sí en cuanto al con-

---

<sup>2</sup> Es a mi juicio importante tener en cuenta los textos de las notas 56, 63 y 66 de la obra de Paricio.

tenido, siempre que se mantenga la diversidad formal; esto está en la base del pensamiento jurídico que prescinde del corsé formal e intelectual de la codificación (que a veces, demasiadas, quiere conducirnos al pensamiento único, a la uniformidad de expresión y a la perseverancia en la unidad que, en ocasiones, en vez de agrupar, acaba por empuqueñecer y disgregar).

La aparición de los cuasicontratos, como concepto autónomo, es-

taba en la lógica evolutiva del sistema, aunque la deficiencia en la transcripción haya generado una artificial institucionalización a partir de un puro efecto regular en los efectos de ciertos hechos jurídicos como si proviniesen de un contrato entre quien actúa y el que se beneficia de este efecto.

Joaquín RAMS ALBESA

Catedrático de Derecho civil UCM  
jrams@der.ucm.es

Ignacio José CUBILLO LÓPEZ, *La protección de testigos en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 2009

La monografía *La protección de testigos en el proceso penal* aborda una cuestión que la expansión de la delincuencia organizada y de formas similares de criminalidad sitúa en cotas elevadas de interés y actualidad, tanto para los profesionales del Derecho como para los ciudadanos en general: el régimen legal de protección de los testigos que, a causa de su colaboración con la Justicia, temen fundadamente daños para su integridad o bienes —o para la integridad o bienes de sus allegados— por parte de quienes pueden resultar condenados con base en su testimonio. Constituye, pues, un completo estudio de la LO 19/1994, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales (LOPT). Pero

tiene, además, una doble lectura, paralela a la anterior y subyacente a ella, que rebasa los límites de esta institución concreta, enmarcándola en el eterno reto del proceso penal: poner al servicio del Estado todos los resortes que permitan la máxima eficacia en la persecución de las infracciones penales, ofreciendo a la vez todas las garantías necesarias para su justo enjuiciamiento. Garantías que se refieren muy principalmente al sujeto pasivo del proceso penal, pero que también asisten a la acusación y a los demás sujetos implicados en el proceso, como pueden ser, entre otros, las víctimas, los peritos o los testigos.

La LOPT es de 1994 y consta de cuatro artículos. Plantea todas