

# 1. TRADICIÓN Y RECEPCIÓN. ASPECTOS GENERALES



ALFREDO CALONGE MATELLANES  
Universidad de Salamanca

## LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

Quizá resulte obvio decir que esta ponencia, como ponencia inaugural que es, lleva precisamente el título del Congreso: La Recepción del Derecho Romano; lo que parece oportuno para servir de pórtico introductorio a las posteriores ponencias y comunicaciones que abordarán, dentro del tema general de la Recepción, aspectos más concretos.

Debo también previamente aclarar que yo no he elegido la ponencia sino que me ha sido asignada por el Comité Organizador, según tuvo la amabilidad de comunicarme su Presidente el Profesor Camacho Evangelista.

Agradezco el honor que se me ha hecho y que sin duda no merezco, como Vds. mismos tendrán ocasión de comprobar al finalizar mi exposición; sin embargo no he podido eludir la designación por dos razones fundamentales: la primera, por antigüedad y la segunda y principal, por haber sido yo quien propuso el tema de la Recepción para este Primer Congreso Iberoamericano en la Asamblea Constituyente de la Asociación celebrada en la Universidad de Oviedo el pasado año.

Indudablemente que lo que no faltan son temas científicos de interés en el mundo romanístico; pero me parece que el primer tema a abordar en esta naciente Asociación Iberoamericana debía ser el que nos ocupa, aunque solamente sirva para dejar constancia de la necesidad de su estudio y el convencimiento de que todo el esfuerzo que a éste se dedique puede dar lugar a resultados verdaderamente espectaculares<sup>1</sup>.

La historia de la recepción de las instituciones jurídicas privadas, elaboradas por el genio jurídico de Roma, en los distintos ordenamientos europeos constituye, cuando menos, una asignatura inacabada; pero para nuestro mundo iberoamericano constituye una verdadera asignatura pendiente.

Mi propósito al proponer para este Primer Congreso que organiza la Asociación un tema de la envergadura y la dificultad que supone el de la Recepción, no era tanto el conocer el estado actual de nuestros estudios en el tema -aunque también- sino sobre todo crear un clima de interés y hasta de compromiso colectivo, si ello fuera posible, en el estudio histórico de nuestros respectivos derechos.

Entiendo que mi cometido en esta intervención preliminar no debe ir más allá de una introducción al tema general del Congreso, poniendo de relieve algunas de las

---

<sup>1</sup> Muchas instituciones que aparentan aspectos de rabiosa modernidad tienen sus raíces en Roma. Los ejemplos son abundantísimos y por ello no creo oportuno recordar algunos en este momento. Sí prefiero recordar las palabras de LEOPARDI con las que BATTAGLINI concluye un trabajo publicado en los *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milán, 1962, p. 542: "molte cose son vecchie che si credono nuove e molta sapienza e antica".

cuestiones que, a mi juicio, pueden ser de mayor interés y, especialmente, haciendo algunas reflexiones basadas en mi propia experiencia investigadora en este campo.

Antes de entrar en ellas quizá no esté de más el plantearse si hay unanimidad o no en la doctrina a la hora de hablar de Recepción del Derecho Romano. O, dicho de otra manera, si todos entendemos lo mismo y qué es lo que entendemos al hablar de Recepción. El término Recepción, que yo sepa, no solamente no ha sido cuestionado sino que es utilizado normalmente por todos aquellos países europeos que se sitúan dentro del ámbito de la influencia del Derecho romano en mayor o menor medida.

A mi juicio por Recepción del Derecho Romano la doctrina entiende ese singularísimo fenómeno que consiste en la aceptación sin violencia -aceptación voluntaria y consciente- de todo o parte del ordenamiento jurídico por un pueblo o nación distinto. Asombroso fenómeno, como acertadamente dice el Prof. Miquel<sup>2</sup>, por cuanto supone el resurgir de un Derecho extinguido casi en su totalidad hace siglos. Efectivamente el acatamiento a ese Derecho se produce, generalmente, varios siglos después de su desaparición y de la del pueblo que lo creó.

Es perfectamente admisible a la vez que esclarecedora, la distinción que se hace entre una Recepción *de iure* y una Recepción *de facto*<sup>3</sup>. Se da una Recepción *de iure*, cuando se admite oficialmente la vigencia del Derecho romano, aun cuando lo sea, al menos, como Derecho supletorio. Mientras que la Recepción *de facto* es la que se produce a través de la interpretación y aplicación del Derecho. Así, hay países -como los del "common law"- en los que aunque no cabe hablar de una Recepción *de iure*, sí en cambio de una Recepción *de facto*, puesto que los jueces, concedores del Derecho romano, lo utilizan en la interpretación y especialmente en la aplicación del Derecho a través de sus sentencias.

Lo que ya no me parece tan admisible es la distinción que algun historiador del Derecho hace<sup>4</sup> entre Recepción a título "político" y Recepción a título "técnico". Por la primera se entiende la que se produce cuando se adopta un ordenamiento extraño en su conjunto en base a la autoridad de quien ha emanado, reconociéndosele una primacía de carácter político; mientras que la Recepción técnica se da cuando la adopción del ordenamiento extraño se produce en base a la calidad substancial del ordenamiento "recibido", y no por un acto de autoridad.

Si yo no estoy confundido -que puede ser y en ese caso espero que Vds. me lo digan para subsanar mi error- solamente la Recepción llamada técnica sería una verdadera Recepción; la otra, la denominada política no creo que pueda ser considerada como tal, sino que deberá denominarse imposición por la autoridad política, en definitiva por la fuerza, de un derecho sobre otro; o si se quiere decir más suavemente, la aplicación de un Derecho externo.

---

<sup>2</sup> *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1990, p. 157.

<sup>3</sup> En este sentido especialmente GARCIA Y GARCIA, a propósito del estudio que hace de la Recepción del Derecho común romano-canónico medieval, en *Iglesia, Sociedad y Derecho*, Salamanca, 1985, pp. 62 ss..

<sup>4</sup> En este caso me refiero a LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 113 ss..

No parece que al referirse a la Recepción política esté pensando Lalinde en la idea de Koschaker que, como es sabido, basa la Recepción del Derecho Romano en Europa en la autoridad del Sacro Romano Imperio<sup>5</sup>. Entre las críticas a Koschaker<sup>6</sup> en este punto me quedo con la postura de Robleda quien disiente de la tesis de Koschaker sobre la Recepción del Derecho romano en Europa ya que a través de ella, no se encuentra explicación de la Recepción del Derecho romano en Francia y en España que no formaban parte del Sacro Romano Imperio. El motivo de la Recepción para Robleda, que comparto íntegramente, no es otro sino el de la "perfección" del Derecho romano, perfección -matiza el fino jesuita gallego- en los "límites en que puede ser alcanzada por el pensamiento humano"<sup>7</sup>. Y es precisamente esa perfección y no otra cosa, la que explica la presencia de numerosas normas de Derecho romano en las más diversas codificaciones del mundo entero.

Cuando antes daba un concepto de Recepción, decía que por tal se entiende la aceptación voluntaria, sin violencia (de ahí mi rechazo a la idea de Recepción política o autoritaria) de todo o parte del ordenamiento jurídico romano. Esta Recepción parcial no la admite Lalinde, para quien si no se acepta de forma universal el ordenamiento recepcionado, sino solamente algunos principios o un número mayor o menor de instituciones, no debe hablarse de Recepción sino de "penetración" o "influjo"<sup>8</sup>. He aquí, pues, otra cuestión abierta al debate: ¿se puede hablar propiamente de recepción solamente de parte de un ordenamiento?. Mi opinión es claramente afirmativa.

El ver la Recepción solamente de forma universal lleva a Lalinde a afirmaciones verdaderamente discutibles y que me parece oportuno plantear en este momento. Así, considera que en los reinos hispánicos no puede hablarse de un fenómeno general de Recepción del Derecho común sino sólo de "penetración diferenciada"<sup>9</sup>. En Aragón y Navarra la penetración es escasa; en Castilla y Valencia aunque la penetración es intensa no existe Recepción<sup>10</sup>; Recepción que sólo se produce, a juicio de Lalinde, en Cataluña y Mallorca. Claro que cuando se enfrenta al significado que supuso el Código de las Siete Partidas -derecho general subsidiario desde el siglo XIV hasta el XIX- se ve obligado a reconocer que con él se llega a una cuasi-recepción<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Vid. KOSCHAKER, *L'Europa e il Diritto Romano*, (trad. ita. di A. Biscardi), Firenze, 1962.

<sup>6</sup> La "Introduzione" de CALASSO a la obra de KOSCHAKER citada en la nota anterior contiene una agudísima crítica, en especial, por lo que refiere a la cuestión que aquí nos ocupa, *vid.* p. XXIV.

<sup>7</sup> Esta polémica viene perfectamente resumida por CASTELLO, "In Memoriam Olis Robleda S.J.", *SDHI* (1981), p. 612.

<sup>8</sup> *Iniciación histórica...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*. De ahí cabe deducir que ni Las Partidas ni los Furs de Valencia, que son, como es sabido, puro Derecho justiniano, son textos pertenecientes a la Recepción del Derecho romano.

<sup>11</sup> Precisamente el Código de Las Partidas constituye, quizá, el texto más emblemático de la Recepción del Derecho romano en España, como es bien sabido. Su influencia en nuestro Derecho es importantísima, como tendremos ocasión de ver más adelante; así como en Portugal donde su divulgación fue muy amplia, existiendo traducciones fragmentarias al portugués (también al catalán y al gallego). Por otra parte su influencia en las Ordenações Alfonsinas de 1446 es fácilmente comprobable

Yo creo que las expresiones penetración, influencia, aplicación del Derecho romano, son perfectamente válidas, siempre que se apliquen correctamente y, además, perfectamente compatibles con la de Recepción, con la salvedad de que este término al ser un término técnico, su aplicación o no depende de que se den estrictamente las circunstancias que permitan su utilización, mientras que los otros términos (penetración, influencia, aplicación) son susceptibles de una utilización más flexible.

Dicho si cabe más gráficamente: no se puede hablar con propiedad de una Recepción del Derecho romano en Japón, pero sí creo es permisible hablar de una cierta penetración, de una cierta influencia del Derecho romano a través de la publicación del Código civil japonés de 1.899, que -como no podía ser de otro modo- es un fiel trasunto del que al año siguiente aparecería publicado como el BGB alemán<sup>12</sup>.

De todos es sabido que la Recepción del Derecho romano en España en particular y en Iberoamérica en general, no ha sido debidamente estudiada y que, precisamente por ello, por la necesidad de acometer su estudio en sus diversas facetas, estamos reunidos en este Congreso. Como no es menos sabido la íntima conexión que existe entre investigación y docencia; por lo que, aquello que no ha sido investigado, o lo ha sido muy parcialmente, mal podrá ser objeto de una fructífera docencia. No creo estar equivocado al afirmar que el tema de la Recepción no ocupa en la mayoría de los programas de la asignatura de Derecho Romano más allá de una lección; lección en la que se hace un rápido y apretado recorrido desde la legislación visigótica, pasando por el renacimiento jurídico de la escuela boloñesa y el humanismo francés y holandés, hasta engarzar con la escuela histórica alemana y el Derecho de Pandectas. Esta breve historia "externa" de la tradición romanística<sup>13</sup>, esta Historia externa de la Recepción en España que hoy se explica a nuestros alumnos de Derecho Romano, me temo que -pese a las nuevas exigencias de los planes de estudio en este sentido- deberá seguir, al menos durante años, con el mismo contenido genérico;

---

ya que en éstas se transcriben casi literalmente leyes enteras de las Partidas.

Se sabe de la vigencia efectiva de las Partidas en América e incluso se conoce una edición inglesa del texto de las Partidas publicado en Nueva Orleans en 1818. (A este respecto, *vid.* OTS CAPDEQUI, "Sobre la vigencia efectiva de las Partidas en América", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974, pp. 173 ss.).

Una noticia reciente sobre la vigencia de las Partidas en nuestro Derecho se contiene en la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada, de 2 de mayo de 1.985, en la que se confiere virtualidad -en base a la transitoria primera del Código civil- a la legislación anterior en materia de prescripción de servidumbres que se contiene en la Ley XV, Título XXXI, Partida III. (Cfr. REINOSO, "España y el Derecho romano actual", *LABEO*, 32 (1986), p. 316).

<sup>12</sup> La influencia del Derecho romano en Japón se ha incrementado tanto en los últimos tiempos que el Digesto ya ha sido traducido al japonés y su autor principal es el Dr. ENAMI, Prof. visitante de la Universidad de Salamanca; la cita del texto -en nuestro poder- no resulta posible en sus caracteres nipones. La perspectiva se ensancha con la noticia que proporciona CASAVOLA, "Diritto romano e Diritto europeo", *LABEO*, 40 (1994) 2, pp. 168-9, cuando dice que "la Cina ha cominciato a tradurre la compilazione giustiniana per approntare un codice civile".

<sup>13</sup> Que suele serlo también en la mayoría de los manuales al uso, que se remiten a la exposición que, más ampliamente, el alumno encontrará en los manuales de Historia del Derecho. Ello tiene una excepción en la monografía del Prof. FERNANDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992.

tantos años como se tarde en conocer las líneas -siquiera sean generales- de evolución de las principales instituciones jurídicas privadas, desde la Roma clásica hasta nuestros días.

Otro tema es, si en el utópico supuesto de que se dispusiera de una mayor información sobre la historia (externa e interna) de la Recepción del Derecho Romano en nuestro país, cómo compaginarla con la cada vez menor incidencia horaria de la asignatura en la mayor parte de los planes de estudio. La cuestión fué ya planteada en las Jornadas que sobre el tema se organizaron hace dos años en la Universidad de Oviedo, y no creo oportuno reincidir en ello.

Independientemente de la extensión que se quiera y se pueda dar al tema de la Recepción del Derecho Romano en la Licenciatura; o si -como sospecho- ese tratamiento extenso ha de quedar reservado a Cursos de Doctorado, Seminarios especiales y/o similares; lo que sí creo llegado el momento de plantear es si se considera imprescindible, si se considera prioritario, abordar la tarea del estudio de la Recepción del Derecho Romano en España y en los países Iberoamericanos que así lo estimen, en la forma y bajo el proyecto que esta Asociación recién creada podría elaborar, como una de sus más inmediatas tareas<sup>14</sup>. Y ante la improbable pero a mi juicio bella hipótesis por la que se decidiera acometer esta investigación, me permito hacer una serie de consideraciones que podrían servir como Introducción al tema:

Creo que, dado el caso, el estudio de la Recepción del Derecho Romano debe arrancar desde el momento en el que comienza la fundación de Universidades, en torno al siglo XII. Hay que tener en cuenta que desde ese momento, y hasta el siglo XVIII, en toda Europa no se estudia otro Derecho que el común medieval contenido en los dos *Corpus Iuris*. El estudio de la Historia de las Universidades en ese período será fundamental.

Para el estudio del Derecho romano a partir del siglo XII será imprescindible seguir las vías de penetración del mismo entre las que cabe destacar las siguientes:

Un primer cauce de penetración en España se da a través de colecciones como los Usajes de Cataluña, las consuetudines Ilerdenses, las Costums de Valencia y Tortosa, los fueros de Aragón y, sobre todo, las Partidas.

Otro camino de penetración lo encontraremos en la práctica notarial, cuyos documentos conocemos fundamentalmente gracias a Font Rius y a García y García<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La tarea que le propongo a la Asociación en su Primer Congreso que, precisamente pedí que tratase de la Recepción del Derecho Romano, es la de elaborar un Proyecto colectivo de trabajo en este sentido. Es evidente que se requiere una financiación; no creo éste el mejor momento para concretar esta propuesta; sin embargo, y para que no se crea que es algo irrealizable o que lanzo propuestas al aire sin meditar, debo recordar que todos los años sale una oferta de Cooperación científica con Iberoamérica. (La última de este año es de 2 de enero de 1995 B.O.E., Orden Ministerial en la que se señalan como sus objetivos: "Reforzar e incrementar los vínculos entre las comunidades científicas de España e Iberoamérica y las relaciones entre instituciones de ambas Comunidades". Entre sus actividades: "a) Proyectos conjuntos; b) Formación de investigadores; c) Cursos de postgrado". El área: "Estudios sociales, económicos y culturales de América latina". Y ésta es solamente una vía de financiación entre tantas que podrían citarse).

<sup>15</sup> FONT RIUS, "La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media", *Recueil de memoir et travaux pub. par la Société du Droit et des Institutions des anciens pays de Droit écrit*, 6 (Montpellier, 1967), pp. 85 ss.; GARCIA Y GARCIA, *Iglesia, Sociedad...*, op.cit. p. 66.

Debe rastrearse, asimismo, la vigencia del Derecho romano a través de los estudiosos que acuden a las Universidades, principalmente a la de Bolonia<sup>16</sup>.

Al lado de los escolares que van hay también que tener en cuenta a los maestros extranjeros que vienen a enseñar a centros españoles<sup>17</sup>. Otra vía de acceso al conocimiento y utilización del Derecho romano en los reinos ibéricos son los libros jurídicos que son introducidos en España por los escolares<sup>18</sup>.

La reconstrucción del Derecho romano hasta nuestros días exigirá el estudio pormenorizado de todas y cada una de las instituciones jurídicas privadas, a través de las distintas etapas históricas; lo cual, evidentemente, requiere un trabajo coordinado en equipo.

Cada institución en estudio deberá seguir un iter parecido al siguiente, que en más de una ocasión he recorrido, o en mis trabajos o en los de mis discípulos: después de un exhaustivo análisis de las fuentes romanas ha de continuarse el estudio de la institución a través del ordenamiento jurídico visigodo y demás fuentes jurídicas de los reinos bárbaros; fueros y cartas pueblas hasta llegar al Derecho común, siendo de consulta obligada la *Summa Codicis* de Irnerio, la *Summa Azonis*, y los comentarios de Accursio, Baldo y Bártolo.

La Recepción en España conlleva el cotejo en Castilla del Fuero Real, las Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación; en Cataluña de las Costums de Tortosa y las Constituciones de Cataluña; en Aragón de los Fueros, el Código de Huesca y el Vidal Mayor; en Valencia de los Furs y en Navarra de la Recopilación de las Leyes y Ordenanzas del Reino y la Novísima Recopilación de las Leyes.

El período comprendido entre el siglo XVI y el XVIII, exige para su recto entendimiento abordar la literatura teológico-jurídica en España; y en el resto de Europa el iunaturalismo racionalista, que nos permitirá enlazar con el Derecho de Pandectas.

Hay que tener en cuenta, respecto de los teólogos-juristas, que, aunque ciertamente tienden a una valoración más ético-moral que jurídica, todos ellos basan sus soluciones en los textos romanos que suelen citar directamente o, en último término, a través de las Partidas. Puedo dar testimonio de que las obras de Luis de

---

<sup>16</sup> Vid., por todos, GARCIA Y GARCIA, *Iglesia, Sociedad...*, *op.cit.*, pp. 50 ss.. En este sentido, es de interés la publicación en cuatro volúmenes de PEREZ MARTIN, *Proles Aegidiana*, Bolonia, 1979, que recoge el elenco de bolonios españoles desde la fundación del Colegio de España, en 1367, hasta la fecha de su publicación (1979).

<sup>17</sup> De ellos encontramos una amplia referencia en la obra de GARCIA Y GARCIA, *Iglesia, Sociedad...*, *op.cit.*, pp. 67 ss..

<sup>18</sup> Son varias las publicaciones del Padre GARCIA de interés en este sentido, entre ellas: "Origen y circulación de los Códices jurídicos en Salamanca hasta 1500", incluido como capítulo en *Iglesia, Sociedad...*, *op.cit.* pp. 205 ss.) y *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti (Iter Hispanicum)*, Florencia, 1973, en la que analiza 122 manuscritos con obras bartolianas que se conservan actualmente en bibliotecas españolas. La difusión manuscrita de Bártolo en España fue verdaderamente extraordinaria, y no sólo por esos 122 manuscritos que se conservan sino por la inmensa cantidad de códices perdidos de los que se tiene constancia. Hay que tener muy en cuenta también que la huella de Bártolo se proyectó, a través de España, en Centro y Suramérica, donde se organizaron estudios según el módulo de las Universidades hispanas (Vid. A.M. RODRIGUEZ, *Salmantica Docet. La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica*, I, Salamanca, 1977).



Alcalá, Francisco García, Tomás Carlevalio, Bartolomé de Albornoz, Miguel del Palacio, Juan Azor, Antonio Gómez, José Domínguez Vicente, Luis López, Pedro de Covarrubias, Rafael de Turri, Juan de Salas, Luis de Caspe, entre otros, se encuentran perfectamente localizadas y prontas para ser consultadas en la Biblioteca de la Universidad de Salamanca. Y sin salir de esa Biblioteca se puede acceder a los escritos de iusnaturalistas como Grocio, Vinnio, Pufendorff, Noodt, Wolff y Heinecio; que nos darán la clave para una mejor comprensión del Derecho de Pandectas, cuyos más representativos autores, de todos conocidos, no es difícil encontrarlos en cualquier biblioteca jurídica. El último peldaño de la investigación lo constituye el estudio de la institución de que se trate en los Códigos -al menos en los que Alvarez Suarez denominaba del círculo románico- y en la doctrina actual.

Cuando semejante camino investigador se haya seguido con las principales instituciones jurídicas privadas, tendremos por primera vez una Historia de la Recepción del Derecho romano privado hasta nuestros días<sup>19</sup>.

Tiene razón el Prof. Fuenteseca cuando asegura que el Derecho romano tiene un puesto importante en la formación de los juristas de la nueva Europa<sup>20</sup>, ya que constituye un factor decisivo en la Historia del Derecho europeo. Comprendo asimismo, y comparto, su aplauso sobre la metodología seguida en un reciente Congreso en la Universidad de Pisa, en el que -según nos dice- se ha estudiado el tema de la compraventa y la transmisión de la propiedad "desde Roma hasta los modernos Códigos europeos". Lo que no entiendo es lo que tiene de novedoso tal sistema. Dice Fuenteseca que tiene indudable analogía con lo que los alemanes denominaron "Dogmengeschichte"<sup>21</sup>; y tanto que presenta analogías pues, a mi

---

<sup>19</sup> Será algo similar a la continuación del magnífico manual del Prof. RASCON (*Manual de Derecho Romano*, Madrid, 1992) que explica las instituciones jurídicas en la época republicana (personas, familia, propiedad y derechos reales, obligaciones, sucesiones, etc.) para después abordar las mismas instituciones jurídicas en la época del Principado y, finalmente, en un tercer apartado, referirse a la evolución de esas mismas instituciones jurídicas hasta el 565 d.C.. Queda pues, seguir la historia de su ulterior evolución hasta nuestros días.

<sup>20</sup> "Observaciones sobre el futuro del Derecho romano en España", *Estudios en homenaje al Prof. Hernández-Tejero*, Madrid, 1992, pp. 205 ss..

<sup>21</sup> Como creo que es de todos conocido, la denominada "Dogmengeschichte" no es sino un método, una línea de investigación, que consiste en un análisis histórico-crítico de un dogma o, quizá mejor, de una institución, de un concepto -ya que como observa COING la expresión "dogma" resulta poco afortunada- desde Roma hasta los actuales ordenamientos jurídicos. En esencia en eso radicaba también la "Aktualisierung" de KOSCHAKER. En definitiva, se trata de tomar una idea, un concepto elaborado por la Jurisprudencia romana (pongamos, por ejemplo, la idea de *emptio perfecta* y su distinción de la de *emptio contracta*) una vez fijado en el Derecho clásico y en el Derecho vulgar, seguir la huella de su evolución hasta el Derecho actual (y entonces encontraríamos explicación -ya que el estudio no está hecho- de por qué el art. 1.450 del Cc español confunde los conceptos romanos y llama compraventa perfecta a lo que en Roma se conocía por *emptio contracta*).

Helmut COING, como hemos dicho, critica la utilización en el mundo del Derecho del término "dogma" -siguiendo a HARNACK, *Lehrbuch des Dogmengeschichte*- ya que al proceder del campo de la Religión presenta un valor absoluto que no se corresponde con el que presenta en el campo del Derecho, meramente instrumental y, por consiguiente, sometido constantemente a revisión. El valor jurídico de dogma es relativo, frente a su absoluto sentido teológico. (COING, *Las tareas del historiador del Derecho (reflexiones metodológicas)*, (trad. esp. de A. Merchán), Sevilla, 1977, pp. 83 ss.).

Pese a ello -o precisamente por ello- COING ha sido el que mejor ha utilizado el método como

juicio, se trata exactamente de lo mismo, lo que sucede es que la doctrina italiana, una vez más, pretende una originalidad que, desde luego, en este caso no le corresponde<sup>22</sup>.

Naturalmente que en la reconstrucción histórica de las instituciones jurídicas es muy deseable la participación de iusmedievalistas y iusprivatistas; sin embargo la presencia del romanista resulta de todo punto imprescindible. Al hacer la historia de las instituciones, será el romanista quien podrá delimitar qué ha quedado de la construcción clásica o si, por el contrario, lo que se ha recepcionado es una institución adulterada o simplificada a través de una concepción vulgar de la misma. Hay que tener presente que las manifestaciones de Derecho vulgar que se producen a partir de la segunda mitad del siglo III d.C., afectan prácticamente a todos los campos del Derecho privado. El Derecho cambia porque cambian las circunstancias políticas, sociales, económicas y religiosas. Y estas circunstancias habrá de tenerlas siempre presente el investigador en todos los períodos históricos que analice.

A este respecto quizá sea conveniente poner de relieve algún ejemplo: como es sabido, una de las alteraciones más significativas que se producen en el período post-clásico es la confusión entre propiedad y posesión<sup>23</sup>. Aún la distinción era nítida para un clásico tardío como Ulpiano cuando afirma *nihil commune habet proprietatis cum possessione* (D.41,2,12,1), pero esa distinción desaparece totalmente en el período postclásico. Así en el *Codex Theodosianus* y en su *Interpretatio*, el concepto de dominio es equivalente al de posesión *ex iusta causa*, y el de posesión firme resulta sinónimo de propiedad<sup>24</sup>. La distinción propiedad-posesión vuelve a reestablecerse con la Recepción en las Partidas y así pasa a las codificaciones modernas.

Pero la deformación del concepto clásico de *dominium* no se reduce a su confusión con el de posesión sino que se extiende a otros *iura in re aliena*. Así, situaciones que en el Derecho clásico eran claramente consideradas de propiedad, en la legislación postclásica se van a ver limitadas a una simple situación de usufructo, por razones político-económicas que no jurídicas. No es que no se perciba la distinción entre

---

lo ha demostrado en sus numerosos trabajos que le han llevado al último que yo conozco: un tratado de instituciones de Derecho común que pretende ser la matriz directa de los diversos derechos codificados actuales. Creo que éste es el camino a seguir. (COING, *Europaisches Privatrecht*. I: *Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*, München, 1985, y II: *19 Jahrhundert*, München, 1989.

<sup>22</sup> La originalidad pretendida hace que denominen al método de investigación, infelizmente, "comparativismo vertical" (cfr. FUENTESECA, "Observaciones sobre el futuro...", *op.cit.*, p. 209). El método comparativo fue usado en la investigación romanística, sin excesivo éxito, por WENGER *-Romische und antike Rechtsgeschichte*, Graz, 1905,- que pretende encontrar posibles influencias en el Derecho romano al comparar sus instituciones con las de otras culturas de la Antigüedad (griega, judaica, asiria, egipcia, etc.). Las pretendidas influencias fueron convincentemente rechazadas por VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bolonia, 1937, y, en España, por ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, 1944, pp. 245 ss..

Creo que, si se me permite una ironía, con el "comparativismo vertical" la doctrina italiana que lo propugna ha dado por fin con la "fatta Morgana" después de tanto buscarla.

<sup>23</sup> Que es la primera de la que se ocupa LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, pp. 19 ss..

<sup>24</sup> Cfr. LEVY, *West Roman...*, *op.cit.*, pp. 21 ss..

propiedad y usufructo, sino que en determinadas ocasiones -y por conveniencias político-económicas se propicia la confusión. Ello obliga a dejar de ver al usufructo como un *ius in re aliena* -ya desde Diocleciano y, sobre todo, desde Constantino- para presentarlo como una forma de propiedad *ad tempus*, concepto éste que, por tratarse de un derecho absoluto como es la propiedad, repugnaba a la Jurisprudencia clásica<sup>25</sup>.

Así se explica que, por ejemplo, en el *Codex Theodosianus* (8,18,1 y 2) se mencione un legado de dominio sin facultad de enajenar, ya que de lo que en realidad se trata es de un legado de usufructo o, con terminología vulgar, de propiedad *ad tempus*, lo que le hace, lógicamente, intransferible. Y no se piense que se trata de un desconocimiento del concepto técnico de usufructo, sino que esta nueva configuración se hace intencionadamente para limitar ciertas situaciones de propiedad desviándolas hacia el usufructo, al que, por otro lado, se le ha dotado de mayor amplitud y libertad. Esto se comprueba fácilmente ya que hay otros textos del propio Código Teodosiano (3,8,3; 5,1,8; etc.) en los que aparecen correctamente diferenciados los conceptos de propiedad y usufructo. Y es que se juega con una cierta permeabilidad entre las instituciones de modo que sirvan a las nuevas necesidades sociales y económicas.

Estas figuras de dominio limitado parecen obedecer a una clara intención política que nos corrobora la injerencia estatal en el Derecho privado. Así han de considerarse las frecuentes donaciones de tierras públicas en época de Alejandro Severo a veteranos del ejército y en zonas fronterizas, que eran inalienables *inter vivos* y transmisibles *mortis causa* solamente a favor de quienes quedaran al servicio y defensa de la frontera<sup>26</sup>.

Medidas similares tomará cincuenta años más tarde el emperador Probo al conceder tierras a veteranos que sólo podrán transmitir a sus hijos siempre que desde los 18 años hubieran ingresado en el ejército. Esta política respecto a las *terrae limitanae* tendrá una perfecta continuación en el siglo siguiente. Resulta aquí claro el motivo político que ha llevado a la transformación del tradicional concepto de propiedad. Desde el momento en que se considera que propiedad es semejante a tenencia se producirá una aproximación con institutos como la enfiteusis o la *superficies*. A propósito de este último es reseñable que el término ha desaparecido por completo en las fuentes del Bajo Imperio. Y es que de simple principio accesorio de la propiedad (*superficies solo cedit*) se ha convertido por obra y gracia del Derecho vulgar en una forma de propiedad tan importante en el Derecho actual como es la propiedad horizontal<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre todo esto, con más detenimiento y con la bibliografía pertinente, puede verse en mi trabajo "Reflexiones en torno al denominado Derecho Romano Vulgar de Occidente", *De la Antigüedad al Medioevo. Siglos IV-VIII*, III Congreso de Estudios Medievales, Fundación Sánchez-Albornoz, Madrid, 1993, pp. 370 ss..

<sup>26</sup> Un supuesto análogo nos recuerda Paulo en D.21,2,11 pr. (6 *resp.*) a propósito de unos predios vendidos en *Germania*. Al texto le dedicamos un trabajo hace años (*Anuario de Derecho Aragonés*, 14 (1970), pp. 161 ss. por la interesante contraposición que plantea *periculum- evictionis*).

<sup>27</sup> Cfr. CALONGE, "Reflexiones en torno...", *op.cit.*, pp. 372 y bibliografía allí citada.

Tampoco el *pignus* vendrá considerado como un *ius in re aliena*. *Pignus*, *enfiteusis*, *superficies*, *ususfructus*, *servitus*, todos ellos son términos usados indistintamente con el de posesión. La distinción entre el hecho y el derecho de poseer ha quedado oscurecida. Se confunde la simple apariencia jurídica con el derecho mismo. ¿Se trata de una confusión de conceptos o de un meditado intento de unificación?. En cualquier caso, ambos son síntomas de vulgarización.

La desintegración del concepto de propiedad -uno de los rasgos más ilustrativos del Derecho vulgar- no debe verse sólo como producto de la falta de calidad jurídica; el verdadero motivo de la desintegración del concepto está, a mi juicio, en que el título de propietario ha cambiado de sentido respecto al período precedente. Ahora, el que detenta unas tierras, da igual que sea propietario, poseedor, enfiteuta o usufructuario, lo que verdaderamente importa es que respete las exigencias que el Estado ha establecido para su cultivo. Los intereses del Estado priman sobre los del individuo.

Estas exigencias o intereses políticos se pueden detectar en otros ámbitos del Derecho. Así, por ejemplo, en el aumento de la responsabilidad por evicción en la compraventa, que en el Derecho romano vulgar llegó a ser superior al doble del precio -límite normal en la época clásica- al considerarse éste incrementado con el importe de las mejoras, e incluso, a veces, llegará también hasta el doble de las mejoras realizadas en la cosa<sup>28</sup>. Resulta interesante que este criterio vulgar lo recepcionen las Partidas<sup>29</sup>.

Otro tanto sucede con el precio en la compraventa, si en la época clásica debía siempre consistir en dinero, en la época vulgar se admite pueda consistir en especie. La crisis económica que incide sobre todo el período del Bajo Imperio es la causa principal de esta medida vulgar. Sin embargo, bueno será recordar que el tema dista de ser nuevo. La inevitable equiparación que se produce en las fuentes vulgares entre compraventa y permuta, fué defendida sin éxito al comienzo de la época clásica por la escuela sabiniana<sup>30</sup>.

Desviaciones vulgares de las correspondientes concepciones clásicas aparecen prácticamente en todos los campos del Derecho privado, por lo que el investigador debe estar muy consciente de ello.

En conclusión sobre este punto, considero que el estudio de las instituciones de Derecho romano vulgar del Bajo Imperio resulta no sólo imprescindible para conocer

---

<sup>28</sup> Así se desprende de la *Lex Romana Burgundionum*, 35,3; Cfr. CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968, pp. 55 y nota 137.

<sup>29</sup> La ley XXXXII, Título V, Partida V (*in fine*) dice: "e si por aventura quando se la vendió, se obligó a pena del doblo... con todo esso non se entiende que le debe pechar el precio doblado tan solamente mas la cosa doblada, maguer mas valiese". Sobre el texto siempre resulta ilustrativo consultar el trabajo de ARIAS-RAMOS, ARIAS-BONET, "La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V de la quinta Partida", *Centenario de la Ley del Notariado*, I, 2, Madrid, 1965, pp. 384 ss..

<sup>30</sup> Así se puede observar, entre otros textos, en el Código de Eurico, 293: *commutatio talem qualem emptio habet firmitatem* (cfr. ed. D'ORS, *Estudios Visigóticos*, II. *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, pp. 211. Sobre la permuta, por todos, DE LA ROSA, *La permuta*, Madrid, 1976), y, en especial, la posición de la escuela sabiniana en pp. 37 ss..

el inmediato derecho posterior como el visigodo (el Código de Eurico, la *lex Romana Visigothorum* o el *Liber Iudiciorum* son evidente prueba de ello) sino, en general, para poder explicar toda la evolución histórica del Derecho privado occidental.

En las fuentes postclásicas no todo es vulgarismo, se mantiene un buen porcentaje de derecho clásico e, incluso, pueden encontrarse ciertos arcaísmos, menciones de antiguos institutos ya en desuso y que definitivamente van a desaparecer en las fuentes medievales y posteriores. Así, por ejemplo, puede observarse cómo en las *Pauli Sententiae* (I, XIII, a, 4) todavía se habla del viejo instituto de la *mancipatio* (*neque tradatur neque mancipetur*) o de la *actio auctoritatis* (II, XVI, 1: *pretio accepto auctoritatis manebit*). Sin embargo, esos curiosos anacronismos también llegan, a veces, hasta el derecho actual, como es el caso de la subsistencia en nuestro Código civil del requisito de la figura humana entre los que se exigen para reconocer efectos civiles a la persona. Recuérdese que nuestro Código, en su art. 30 dice: "para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera "figura humana" y viviese 24 horas enteramente desprendido del seno materno"<sup>31</sup>.

El requisito de la figura humana era exigido entre los romanos quizá como un tributo a una serie de leyendas y mitologías. Lo recoge Paulo (D.1,5,14) cuando recuerda que no son hijos los que son procreados con forma contraria a la del género humano, como si una mujer hubiese dado a luz alguna cosa monstruosa o prodigiosa. Justiniano recoge y sanciona toda la tradición de los antiguos y en una constitución del año 530 (C.6,29,3) a propósito de la validez o no de ciertos testamentos señala que será válido si quien es contemplado "vino al mundo "todo vivo" y no se trata de monstruos o prodigios".

En la ley V, título XXIII, de la Partida IV se dice: "que non deben ser contados por fijos los que nascen de la muger e non son figurados como omes, así como si oviesen cabeça o otros miembros de bestia".

La Ley XIII de las leyes de Toro dice a este respecto que "por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los fijos que mueren recién nascidos sobre si son naturalmente nascidos o son abortivos mandamos que el tal fijo se diga no abortivo cuando nació "vivo todo" e que al menos después de nascido vivió veinticuatro horas e fue bautizado antes que muriese".

El texto de las leyes de Toro resulta de gran interés, y aunque aquí no es posible un análisis en profundidad, sí merece destacar, al menos, la expresión "nació vivo todo", que está claramente tomada de la constitución de Justiniano antes mencionada. Las 24 horas no parece ser un plazo que figure en las fuentes romanas por lo que podría tratarse de un principio de derecho germánico. El *Liber Iudiciorum* ponía un plazo de diez días. El nuevo plazo, original de las Leyes de Toro, (24 horas) llega hasta el Código civil, como hemos visto.

---

<sup>31</sup> Este artículo se corresponde con el art. 40 de la Ley de Registro civil, de 8 de junio de 1957, y los arts. 165 y 171 del Reglamento para la aplicacíc de la Ley de Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958. El requisito de la viabilidad -esto es, la aptitud del nacido para continuar con vida-, que es el segundo que se menciona en el citado artículo del Código, se encuentra recogido en forma análoga en todos los ordenamientos jurídicos vigentes. Sin embargo, el requisito de la figura humana parece ser exclusivo de nuestro derecho.

Por lo que se refiere al requisito del bautismo se encuentra ya en el *Liber Iudiciorum* y se mantiene en el Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Toro y llega hasta la Novísima Recopilación. La razón de su mantenimiento, aparte razones espirituales que también pudieron jugar, en cierta medida y en su momento, pero que, ellas solas no se corresponden muy bien con la mentalidad práctica que debe suponerse a un legislador; la verdadera razón del mantenimiento del requisito del bautismo me parece que está simplemente en el hecho de que hasta entonces el único Registro en vigor era el Parroquial; por ello, a partir de 1870, una vez publicada la Ley de Registro Civil, se suprime tal requisito, y en la Ley de Matrimonio Civil de 1870 -y por encima también ahora de razones espirituales de signo contrario a las anteriores- en su art. 60 se dice: "para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiera nacido con figura humana y que no viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno". Como vemos, el requisito del bautismo desaparece y se vuelve a recoger el requisito de la "figura humana", recepcionado por las Partidas y que también figuraba, antes que en la Ley de Matrimonio Civil, en el art. 107 del Proyecto de Código Civil de 1851.

La mayor parte de las explicaciones que la moderna doctrina civilista aporta a la pervivencia en nuestro Código del requisito de la figura humana, no me parecen satisfactorias, pues se entremezclan -cuando no se confunden- con el requisito de la viabilidad, que es un requisito distinto<sup>32</sup>.

Resulta curioso lo que un clásico como Clemente de Diego argumenta a este respecto, ya que parece creer en la existencia de seres no humanos, nacidos de mujer, cuando dice: "los monstruos o prodigios que sustancialmente se distinguen del tipo normal en que no pertenecen a la raza humana; los que tienen los miembros sobejanos o menguados, con tal que reproduzcan la especie humana, son hombres y se reputan tales"<sup>33</sup>.

La opinión que me ha parecido más acertada en torno a este tema -como en tantos otros- ha sido la del Prof. Federico De Castro pues señala, a propósito del requisito de la figura humana que si bien es un requisito criticado por absurdo e inútil, resulta una forma popular y muy expresiva para excluir de la condición de nacido a seres que aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite que se les considere como personas y aquellos nacidos de mujer que no sear de raza humana "en el caso de que esto sea

---

<sup>32</sup> Así, puede verse, entre otros, en ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 1. *Introducción y Parte General. Derecho de la Persona*, 12ª ed., Barcelona, 1991; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español Común y Foral*, I, 1. *Introducción y Parte General*, y 2. *Teoría de la Relación Jurídica. La Persona y los Derechos de la Personalidad*, Barcelona, 1991; DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I. *Introducción. Derecho de la Persona*, Madrid, 1992; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I, 2. *Parte General del Derecho civil. Personas*, Barcelona, 1992; LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, I. *Parte General y Derechos de la Persona*, Madrid, 1993; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, I. *Parte General*, Madrid, 1992; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I, 1. *Parte General. Sujeto y Objeto del Derecho*, Barcelona, 1979; ARROYO I AMAYUELAS, *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid, 1992; CABANILLAS SANCHEZ, CAPILLA RONCERO y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Artículos 17 a 41", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ ALABART), I, 3, Madrid, 1993.

<sup>33</sup> *Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral*, II. *Parte General*, Madrid, 1923, p. 84.

posible"<sup>34</sup>. Efectivamente, creo que ese "por si acaso" sutil del Prof. De Castro responde a la interpretación que cabe atribuir al arcaísmo romano.

Los demás Códigos nada dicen sobre este arcaísmo, ni el Código francés en su art. 725, ni el BGB en el parágrafo 1º, ni el art. 31 del C.c. suizo; ni el C.c. italiano de 1865 ni el de 1942, que en su art. 1 dice que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento; siguiendo así las líneas de los Códigos alemán y suizo.

Sí se contemplaba el requisito de la figura humana en el Código civil portugués de 1867 que en su art. 110 decía: "sólo es tenido por hijo a los efectos legales aquel que se pruebe nació con vida y figura humana". La explicación ha de buscarse en la gran influencia de Las Partidas en Portugal, como tuvimos ocasión de referir anteriormente<sup>35</sup>. El vigente Código civil portugués de 1966 ha eliminado toda referencia al requisito de la "figura humana" al establecer en su art. 6: "la personalidad se adquiere desde el momento del nacimiento completo y con vida".

Algunos Códigos hispanoamericanos mantiene el requisito, entre ellos los de Guatemala (art. 750) y Costa Rica (art. 13). El Código civil argentino -pese a ser uno de los más romanizados- nada dice del requisito en cuestión (art. 70 y ss.); al igual que el de Chile (art. 74 y ss.) Respecto al plazo, ambos Códigos sólo exigen que el hijo, después de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. El C.c. de Venezuela, en su art. 16 dice "que todos los individuos de la especie humana son personas naturales"; y en el siguiente añade "para que sea reputado como persona basta que haya nacido vivo". Muy similar es el art. 74 del C.c. de Colombia que establece: "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

El C.c. de Panamá, en su art. 42 dice: "para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que viviera un momento siquiera desprendido del seno materno"<sup>36</sup>. El C.c. del Ecuador, que tampoco dice nada sobre la exigencia de la figura humana, mantiene el plazo de 24 horas, aunque es más moderno que el panameño.

He preferido, en estas últimas reflexiones sobre la Recepción del Derecho romano, intencionadamente, ocuparme de aspectos quizá menos conocidos o menos tratados o, en cualquier caso, carentes de la brillantez con la que la mayoría de las instituciones romanas han llegado hasta nosotros, con el sello indeleble de la genialidad jurídica de su jurisprudencia.

Considero que el Derecho romano no necesita de ninguna apología -y menos ante este auditorio- y sí, quizá, que se recuerden esos otros aspectos vulgares y anacrónicos que también proceden del Derecho romano y que, en consecuencia, han

---

<sup>34</sup> *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 105. A este respecto recoge la frase de COHN: "Monstruos y hermafroditas sólo viven en el mundo de los mitos", cita recogida, junto a otras opiniones sobre el tema, (HELLMANN, HENLE, OERTMANN) por ENNECERUS, *Derecho Civil. Parte General*, I, (trad. esp. Pérez González y Alguer), Barcelona, 1943, p. 330, n. 8.

<sup>35</sup> Cfr. *supra* nota 11.

<sup>36</sup> Su editor Alfonso CORREA comenta en nota que los españoles exigieron la existencia del feto durante 24 horas por las dificultades que presentaría la prueba de ese hecho restringiendo el tiempo de vida con él. Hoy -se refiere al año 1927- los adelantos de la ciencia médica han obviado esa dificultad y no hay por qué conservar un término tan largo.

de entrar también en el estudio de la Recepción para ser debidamente valorados.

En cualquier caso mi pretensión fundamental en esta intervención preliminar no es otra que la de dejar constancia de lo que para mí resulta muy claro, a este respecto:

1-. Que por Recepción del Derecho romano debe entenderse principalmente la que corresponde a sus instituciones privadas.

2°. Que una tarea de esa envergadura solamente puede acometerse colectivamente, en equipo.

3°. Que estimo que para ello se cuenta con una Asociación que en el Acta fundacional, fechada en Oviedo el 22 de abril de 1994, se dice textualmente lo siguiente: "todos los asistentes unánimemente manifiestan su propósito de constituir voluntariamente una Asociación para el estudio del Derecho romano y su proyección en los ordenamientos iberoamericanos y la realización de actividades conducentes a dicho fin".

No me queda sino añadir ojalá que así sea y muchas gracias.