

## "LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS"

Alfredo Calonge Matellanes

*Universidad de Salamanca*

Hace aproximadamente un año, en Granada, con ocasión del Primer Congreso de nuestra Asociación, tomaba la palabra para servir, como ahora, de pórtico introductorio a las diversas comunicaciones sobre el tema de la Recepción del Derecho Romano.

El comité organizador del Congreso me designó entonces para esa tarea y entonces expuse las razones de mi aceptación, que figuran recogidas en las Actas del Congreso que ahora se publican, por lo que no voy a repetir las.

El comité organizador de este II Congreso sobre "Recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos" ha vuelto a designarme para una similar tarea y ello requiere de nuevo, siquiera sea sucintamente, una explicación por mi parte.

Para llevar a la práctica los acuerdos del congreso de Granada se reunió en León el 1 de Abril de 1.995 la Comisión designada por la Junta Rectora de la Asociación. Entre los acuerdos adoptados en dicha sesión figura la elección como tema de este segundo Congreso el de "La Recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos"<sup>(1)</sup>. También se tomó el acuerdo<sup>(2)</sup> de

---

(1). Recuérdese que el estudio de la Recepción del Derecho Romano constituye un fin primordial de la Asociación, recogido estatutariamente.

(2). Acuerdos todos ellos que figuran en el Acta de la sesión cuya copia fue enviada a todos los miembros de la Asociación.

señalar como grandes áreas de trabajo en materia de Recepción las siguientes:

– Materia de Derecho público, teoría general, personas y proceso; y como Coordinador al Prof.Dr. D. César Rascón, catedrático de la Universidad de León.

– Materia de Derechos reales; y como Coordinador al Prof. Dr. D. Juan Miquel, catedrático de la Universidad Ponpeu Fabra de Barcelona.

–Materia de Derechos de familia y sucesiones; y como Coordinador al Prof. Dr. D. Armando Torrent, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

– Y materia de obligaciones y contratos; y como Coordinador a quien les habla, que pertenece a la Universidad de Salamanca.

Esto explica que al versar este Congreso sobre la materia cuya responsabilidad de coordinar posibles futuros trabajos me ha sido confiada, me he visto obligado a aceptar el presentar ante ustedes una Introducción al tema..

Los tratados en el pasado Congreso de Granada lo presupongo conocido por todos en razón a la publicación de las Actas del Congreso. Esto hace que evite reiterar lo allí expuesto sobre el término Recepción y la utilización de otros similares como influencia , penetración, aplicación del Derecho Romano; las diversas Clases de Recepción: política, técnica , *de iure*, *de facto*, etc. y todo lo relativo a la historia externa de la Recepción a través de las distintas etapas históricas.

También en mi intervención granadina hice alusión –pensando en los investigadores más jóvenes– al camino que entiendo debe recorrerse en el estudio de una institución jurídica; desde el análisis de los textos romanos hasta los ordenamientos jurídicos actuales . Yo creo que ese *iter* investigador a través de las fuentes intermedias –que pormenorizadamente citamos entonces– es común al investigador español y al investigador americano, por los motivos que enseguida veremos. En tal caso debiera considerar el tema ya tratado por mí en la ponencia de Granada y pasar a otras cuestiones; sin embargo, creo que mi intervención de entonces se circunscribió, casi con exclusividad, al Derecho español, por lo que quisiera completarla ahora haciendo referencia, siquiera de un modo general, a la Recepción en los países americanos, a la Recepción en Iberoamérica<sup>(3)</sup>.

En mi opinión no se puede hablar de Recepción, de verdadera Recepción

---

(3). Uso el término Iberoamérica, que es el que ha adoptado nuestra Asociación, porque me parece más exacto que Hispanoamérica, si, con es el caso, queremos abarcar en él a Portugal y Brasil; y más correcto que Latinoamérica, aunque este último, por diversas razones que no son del caso, parece estarse imponiendo en todo el mundo

del Derecho Romano en Iberoamérica hasta que, tras la independencia, van apareciendo las codificaciones de cada uno de los distintos nuevos Estados. No puede ser de otra forma si por Recepción entendemos la aceptación voluntaria, sin violencia, que un pueblo, que un Estado hace de todo o parte del ordenamiento jurídico romano.

Esto no quiere decir que con anterioridad el Derecho romano no tuviera influencia en Iberoamérica; naturalmente que la tuvo y quizá de forma aún más patente que desde las codificaciones. Pero esa presencia, como digo, no puede calificársela de Recepción sino de aplicación –o de cualquier otro término similar– del Derecho romano; como por ejemplo el que utiliza el argentino DÍAZ BIALET de "transfusión" del Derecho romano a América<sup>(4)</sup> Desde el momento de la conquista, el Derecho que se aplica en los nuevos territorios americanos es el Derecho de Castilla. Y el Derecho de Castilla, como sabemos, es fundamentalmente romano (Fuero Real, las Partidas, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación).

En los casos en los que el "transplante" del Derecho castellano a las Indias no fue posible, porque se trataba de resolver problemas que no se daban en Castilla, el Rey y el Consejo de Indias se vieron forzados a crear un nuevo derecho: el Derecho indiano<sup>(5)</sup>. Nuevo porque las normas eran nuevas, pero viejo en cuanto al espíritu, que no era otro que el espíritu romano.

Ese Derecho indiano –del que el castellano aparece como supletorio– no contiene instituciones autóctonas, sino unas normas directamente emanadas del Rey o de sus Consejos.

Cuando en 1555 Carlos I dispone que se respeten las leyes, usos y buenas costumbres de los indios –siempre que no choquen con la Religión o las Leyes de la Corona–. Sin embargo, tan buen deseo no tuvo efectos prácticos puesto que no se recuerdan otras instituciones que las que aparecen en la legislación castellana<sup>(6)</sup>.

---

A este respecto quizá sea oportuno recordar lo que decía Don Miguel de Unamuno: "yo no digo latinoamericanos porque eso de latino es poco claro y menos preciso; más una categoría lingüística que étnica; y si se quiere incluir el Brasil, en que se habla portugués y no se admite la denominación tradicional de Hispanidad para la península toda Ibérica, será mejor llamarlos iberoamericanos, pero no latinos". Cfr. CHAVES, *Unamuno y América*, ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1.964, pág. 27.

(4). *La transfusión del Derecho romano en la Argentina* (s. XVI–XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código civil argentino, Studi Sassaresi V, Milano, 1.981, pág. 251 ss.

(5). Sobre el tema vid. GARCIA GALLO, *Metodología de la Historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1.971; *Laciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, en *AHDE*, 1.974 pág. 157 ss. También, entre otros, OTS y CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, 1.969.

(6). Vid. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1.970, pág. 206 y ss.

Es éste un aspecto que siempre me ha parecido curioso y digno de estudio: el hecho de que los Derechos Iberoamericanos apenas si deben algo al elemento autóctono cuando en otros órdenes del arte y la cultura indiana tenemos manifestaciones realmente espléndidas<sup>(7)</sup>.

Desde el siglo XVI no cabe hablar sino de una ciencia jurídica castellana relativa a las Indias a cargo de teólogos o magistrados procedentes de Universidades españolas<sup>(8)</sup>. Y este me parece un punto clave en el estudio de la Recepción del Derecho romano en Iberoamérica: el hecho de que no existe —que se conozca hoy<sup>(9)</sup>— una ciencia jurídica indiana autóctona, independiente. Por eso decía anteriormente que el investigador español y el americano han de seguir en su trayectoria investigadora un mismo camino, a través de las mismas fuentes, para tratar de reconstruir la Hª del Derecho privado.

Otro punto importante que ha de tenerse en cuenta en la Recepción del Derecho romano en Iberoamérica es la aparición de Universidades. En el siglo XVI Santo Domingo, México, Lima, Quito, Cuzco; en el XVII Guatemala y Manila; en el XVIII Caracas, La Habana, Chile, Córdoba, etc. etc.<sup>(10)</sup>. Las Universidades en América, al igual que en Europa, son el auténtico foco de Recepción del Derecho romano, sin duda el más importante antes de la codificación. Junto con ese fenómeno hay que tener en cuenta la gran cantidad de literatura jurídica española que tempranamente llega a América. No había terminado la conquista y ya la doctrina jurídica española, y con ella el Derecho romano y el canónico, encerrados en los libros impresos en España, se trasladaban a bordo de las naves españolas a las Indias<sup>(11)</sup>.

No se ha hecho, que yo sepa, una investigación a fondo de los libros jurídicos que durante los siglos XVI y XVII llegaron a tierras americanas; y ahí está —a mi juicio— otra de las claves del estudio de la Recepción en Iberoamérica. Fuentes para esa investigación serían los catálogos de las antiguas bibliotecas

(7). Así, entre otros, en CASTAN VÁZQUEZ, *Sistema del Derecho iberoamericano, Estudios castán VI*, Pamplona, 1969, pág. 164 ss.

(8). LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, cit. pág. 207 ss.

(9). Hago esta salvedad, porque alumnos de Doctorado en Salamanca, iberoamericanos, especialmente provenientes de Universidades peruanas, me insisten en la existencia en la actualidad de estudios en este sentido que prometen resultados esperanzadores en orden a conocer normas, costumbres, "leyes", que tuvieron vigencia antes de la conquista.

(10). Cfr. GARCA GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano*, etc. en *AHDE*, cit. pág. 161. Sobre la influencia de la Universidad de Salamanca en las distintas Universidades hispanoamericanas, vid. Agueda Mª RODRÍGUEZ CRUZ, *La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica*, I, Salamanca, 1977.

(11). Por todos, CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la Literatura jurídica española en las Codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, pág. 35 ss.

americanas y los registros que en el Archivo de Indias se conservan de las cargas de las naves hacia el Nuevo Mundo. Los navieros debían constatar ante la Casa de Contratación, y con todo lujo de detalles, a lo que parece<sup>(12)</sup>, cada uno de los cargamentos.

En algunas de las listas que conocemos<sup>(13)</sup>, aparecen Las Partidas (con la glosa de Gregorio López), las Ordenanzas de Castilla, las Instituciones de Justiniano, glosas a las Leyes de Toro, libros de Antonio Gómez, Domingo de Soto, obras de la práctica, etc. Más tarde conoceremos con bastante detalle bibliotecas de juristas de prestigio, entre ellos los codificadores Bello, Freitas y Vélez Sársfield<sup>(14)</sup>.

De cualquier forma, hay que entender que siendo el Derecho privado de Iberoamérica el mismo que el de Castilla durante los siglos XVI al XIX, y al no existir una literatura jurídica especializada, hay que entender que las mismas obras que se utilizan en Castilla son las manejadas por los juristas americanos.

Hay además un hecho que no conviene olvidar, puesto que parece que contribuyó de forma notable primero a que arraigara el Derecho romano en la América española, y a que después de la emancipación permaneciera. Ese hecho fue el considerable conocimiento que, pese a lo que pudiera suponerse, se tenía del latín<sup>(15)</sup>. El latín llegó al continente americano con los conquistadores, algunos de los cuales eran verdaderos humanistas renacentistas, formados en Salamanca, instruidos en lenguas clásicas. El caso de Hernán Cortés no fué una excepción. Aquellos hombres procuraron difundir el latín en los territorios que se iban incorporando a la colonia de España, hasta el punto de ser lengua obligatoria en las Universidades americanas<sup>(16)</sup>. El estudio de la lengua latina se prolongó a lo largo de toda la etapa colonial puesto que los juristas continuaron años después de la independencia manejando textos romanos en latín<sup>(17)</sup>.

El siglo XIX es testigo de la emancipación de la América española<sup>(18)</sup>. De

(12). Cfr. CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la Literatura jurídica española*, etc. cit. pág. 77 ss.

(13). CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia*, etc. cit. nos da cuenta de algunas obras muy interesantes a este respecto (pág. 35 ss. nota 24) como la de Leonard, *Los libros del conquistador*, México, 1.953.

(14). Vid. GARCIA GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano*, etc. *AHDE*, cit. pág. 161 ss.

(15). Cfr. CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 82 ss.

(16). Así lo testifica HENRÍQUEZ UREÑA, *Historia de la Cultura en la América Latina*, México, 1.979. pág. 36.

(17). Sobre el conocimiento de las reglas latinas del Digesto en América en pleno siglo XIX, Cfr. CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 83, nota 175.

(18). Tomamos emancipación en el sentido que utiliza el término el *Diccionario de autoridades*, 6 vol. Madrid, 1.726–1.39 (bien conocido en América) que define la voz emancipación como la liberación



la misma manera que el Derecho romano fue esencial en la Codificación europea, lo fué, asimismo, para los legisladores que elaboraron los Códigos civiles en Iberoamérica, ya que es en estos Códigos en los que se contiene la verdadera Recepción consciente y libre del Derecho romano.

Los libros y los estudios romanistas sobrevivieron a la independencia de los pueblos americanos; pero no sólo ellos, también lo hicieron los libros de Derecho castellano y de Derecho Real de España. Tanto antes como después de la emancipación tuvieron extraordinaria vigencia en el Derecho iberoamericano Las Partidas y, sobre todo, las glosas de Gregorio López, en las que dedicó gran atención a América y al Derecho indiano<sup>(19)</sup>.

Entre las muchas obras que continuaron difundiendo por América después de la independencia<sup>(20)</sup> merecen especial mención las Concordancias y el Proyecto de Código civil de 1851 de García Goyena<sup>(21)</sup>.

En definitiva, la codificación del Derecho privado en América no supuso una ruptura con la tradición jurídica, como lo prueba el hecho de que los distintos codificadores de los diversos países se sirvieron de las mismas fuentes que hasta entonces había venido utilizando: las leyes históricas españolas, las leyes de Indias, la literatura jurídica española, además de —en mayor o menor medida en cada caso según la formación del legislador— los códigos y doctrinas europeos. La codificación en Iberoamérica sirvió para la consagración del Derecho romano, para su verdadera Recepción.

El tema de este Congreso versa sobre la Recepción del Derecho romano en materia de obligaciones y contratos, materia en la que, si cabe, el genio jurídico romano rayó incluso a superior altura que en otras, ya que precisamente las aportaciones que en ella han dejado rozan la perfección que puede esperarse de

---

del hijo de la patria potestad; aunque a nadie se le oculta que, una vez extinguida la patria potestad, no desaparecen por ello ni el vínculo de la filiación, ni los mutuos deberes entre padres e hijos. "El hecho de la emancipación y su repercusión en el derecho de los pueblos americanos", ha sido magníficamente estudiado por CASTAN VÁZQUEZ *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 41 ss. y donde asimismo puede consultarse la más selecta bibliografía sobre el tema.

(19). No hay que olvidar que en 1.543 fue designado Gregorio López consejero del Consejo Supremo de Indias, cargo al que vivió por completo dedicado hasta que en 1.556 cesó como consejero. Durante esos años puso su gran competencia en defensa de la causa de los indios, tal y como puede observarse sin salir de sus comentarios a las Partidas en los que figuran algunos específicamente indios. Cfr. al respecto MANZANO Y MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948, pág. 193 y ss. Aunque la bibliografía sobre Gregorio López es abundante (otra recoge CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 84, nota 176), me parece que aún falta poner de relieve de forma más amplia, la proyección de Gregorio López en Iberoamérica.

(20). Cfr., por todos, CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 83 y ss.

(21). La principal bibliografía civilística sobre este punto la recoge CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 92 y ss., notas, 209 y ss.

una obra humana. Quizá por ello, las instituciones elaboradas por Roma en materia de obligaciones y contratos han llegado hasta nuestros días en una proporción muy superior a la contenida en otros campos, y en general con los mismos caracteres con que fueron creadas por las jurisprudencia clásica.

Las alteraciones vulgares del período postclásico-justiniano son mínimas si se comparan, por ejemplo, con las producidas en materia de propiedad y derechos reales<sup>(22)</sup>.

Algunas de las alteraciones vulgares postclásicas no son sino consecuencia inevitable de la evolución histórica de las propias instituciones. Hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, la progresiva desaparición de los negocios formales, lo que influirá, por ejemplo, tanto en la transformación de la *stipulatio*, como en la desaparición de institutos como la *acceptilatio*, al igual que antes lo fueron otros como la *solutio per aes et libram* y la *litis contestatio*, precisamente por la misma razón: resultar ya inoperantes en la práctica.

En la investigación histórica de las instituciones jurídicas privadas, tiene una enorme importancia intentar averiguar las posibles alteraciones que hayan podido producirse en el período postclásico, para poder comprender debidamente, tanto la evolución posterior como su configuración final.

¿Cómo pueden detectarse las alteraciones denominadas vulgares en las instituciones clásicas?. La tarea de descubrir alteraciones postclásicas o justinianas en los textos responde a una técnica investigadora difícil y compleja que no es mi propósito abordar aquí. Mi intención ahora es mucho más simple. Se trata de poner de relieve que no siempre el "estilo vulgar" que parece detectarse en una institución, responde al período que supuestamente es el detentador de dicho estilo: el período postclásico. Hay que tener en cuenta que ya en el período clásico y corrigiendo viejas estructuras del *ius civile*, aparecen nuevas soluciones pretorias que presentan un cierto "estilo vulgar"; como lo es la equiparación del poseedor de buena fé con el propietario civil; o la del *bonorum possessor* y el *heres*; o la de los *emancipati* con los *sui*; etc. Muchas de las soluciones pretorias que, basadas en la equidad, pretenden actualizar el Derecho, son perfectamente equiparables, a mi juicio, a las que posteriormente se van a denominar de Derecho vulgar. Aparte de tenerse esto en cuenta, será fundamental el cotejo entre las fuentes del período clásico —o cuyo contenido se considere principalmente clásico— y las claramente postclásicas. Como, por ejemplo, entre las Sentencias de Paulo y su *Interpretatio* o entre las Instituciones de Gayo y el

(22). Las monografías de LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1.951 y *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Weimar, 1.956, resultan esclarecedoras a este respecto.

*Epitome Gai*. Fijándonos solamente en las últimamente citadas podemos comprobar la escasa incidencia de las prácticas vulgares en materia de obligaciones y contratos. El epitomador de Gayo resulta en esta materia tremendamente conservador cuando precisamente en otras no lo es.

Las diferencias más señaladas entre Instituciones y Epítome en la materia que nos ocupa en el Congreso<sup>(23)</sup> prácticamente se reducen a la aproximación en el Epítome de términos como *contractus*, *conventio*, *pactum*, equiparación que contribuyen a ir dibujando el moderno sentido de contrato. El uso, asimismo indiferenciado, entre *delictum* y *culpa*. Aparte el caso de que la pureza terminológica no entre en las principales preocupaciones del epitomador de Gayo, la confusión –o quizá mejor, equiparación de términos– resulta claramente premeditada<sup>(24)</sup> pues no otra cosa puede pensarse de quien tiene delante las Instituciones de Gayo. Así se aprecia también en la utilización indistinta de *commodatum*, *locatio* y *precarium*. Y es que las categorías gayanas que podíamos denominar abstractas sólo subsisten si se plasman en casos concretos; por ejemplo, la categoría gayana de la *obligatio re*, se reduce en la práctica al *mutuum*, único contrato real que aparece en el Epítome.

La importancia de la escritura en el período postclásico, tanto en los negocios translativos como en los obligatorios, está comprobada no sólo en el Epítome sino en otros textos coetáneos, como las Sentencias de Paulo, el *Codex Theodosianus* y la *Interpretatio*. No se concibe contrato sin escritura. La cuestión de fondo – que, como todas, aquí sólo cabe plantearse si la escritura ha de entenderse como elemento esencial del negocio o simplemente como elemento probatorio.<sup>(25)</sup>

(23). Aparte de lo ya señalado a propósito de la supresión de los contratos formales, o, quizá más exactamente, de la supresión de las formalidades en los contratos.

(24). Las desviaciones o simplificaciones vulgares de los conceptos, de las instituciones clásicas, resultan una característica del Derecho vulgar, como he tenido ocasión de exponer en *Reflexiones en torno al denominado Derecho romano vulgar de Occidente: De la Antigüedad al Medievo*, siglos IV–VIII; III, Congreso de Estudios Medievales, Madrid, 1.993, pág. 361 y ss.

(25). Haciendo el mínimo cotejo, a este respecto, entre las Instituciones y el Epítome observamos lo siguiente: dice Gayo en Inst. II, 14:

"*Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae*". El epitomador repite el texto con dos variaciones: 1º suprime el usufructo, que como sabemos es ahora objeto de una nueva concepción como propiedad *ad tempus*; y 2º, que es la que aquí nos interesa subrayar, al llegar a *obligationes* no dice como Gayo "*quoquo modo contractae*", sino: "*Obligationes de diversis contractibus scriptae*". ¿A qué se debe este cambio? No es pensable un error ni se trata de la reducción de las obligaciones a la categoría de *obligatio litteris*. Probablemente late aquí la idea de que una obligación, un contrato, existe sólo si consta por escrito, si se prueba, al menos, su existencia por escrito.



De algunas otras variantes vulgares de las que me he ocupado en otras ocasiones (equiparación compra-venta-permuta; ampliación del resarcimiento por *evicción*; nuevas causas vulgares de rescisión unilateral del contrato de arrendamiento) prefiero no insistir en esta ocasión<sup>(26)</sup>.

Pese a todo lo que antecede, hemos de concluir que las alteraciones vulgares no fueron en materia de obligaciones ni cuantitativamente importantes ni demasiado significativas.

En general, las instituciones elaboradas por la jurisprudencia clásica sobre obligaciones y contratos han pasado con enorme fidelidad a las codificaciones modernas, como puede constatarse si se hace un recorrido por el articulado referente a esta materia en los principales Códigos civiles. Evidentemente no resulta posible realizar ese recorrido en este momento. He de conformarme con apuntar unas mínimas consideraciones tomando en examen alguno de los de cuño romanístico. He elegido en esta ocasión un Código iberoamericano para así continuar en materia de obligaciones y contratos mis primeras consideraciones sobre la Recepción en Iberoamérica. Se trata del Código civil chileno. Como es sabido se trata cronológicamente de uno de los primeros Códigos (1855), que ejerció una extraordinaria influencia en los Códigos posteriores; no sólo, pero sí especialmente, en Iberoamérica y sabido también es la perfección técnica que supo imprimirle Andrés Bello, hasta el punto que –a juicio de la gran cantidad de bibliografía que ha suscitado<sup>(27)</sup>– se considera llegó a superar el Código civil francés, adelantándose en casi cincuenta años al BGB alemán.

La rúbrica "De las obligaciones en general y de los contratos" corresponde al Libro IV y abarca, sólo en este Libro, la mitad del articulado de todo el Código; lo que indica la importancia que su legislador, Andrés Bello, concedió a la materia que nos ocupa. Ello hace que en algunos temas resulten excesivos los artículos que se le dedican; por ejemplo, en materia de extinción de obligaciones, tan característicamente romana. El Código chileno recoge hasta once modos de extinción (cinco más que el Código español), el primero y principal de ellos es, naturalmente, el pago<sup>(28)</sup>. Pues bien, sólo al pago le dedica cincuenta y nueve artículos, más del doble que el Código español.

(26). Vid. mis trabajos: *Reflexiones en torno al Derecho romano vulgar de Occidente*, cit. y *En torno a C.I. 4,65,3*, en *Estudios en Homenaje al Prof. Hernández Tejero*, Madrid, 1994, pág. 91 y ss.

(27). La ha deleccionado CASTAN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 109 ss.

(28). Que Andrés Bello, con enorme sensibilidad y respeto hacia el término latino, mantiene en el artículo 1.567 como "solución" o pago efectivo; aunque a partir del artículo siguiente ya únicamente hablará de pago.

Las clases de obligaciones son tratadas ampliamente en diversos títulos, advirtiéndose la influencia del Código civil francés que a su vez mantiene la tradición romana<sup>(29)</sup>.

Con justicia se ha puesto de relieve el valor pedagógico, el valor educativo del Código de Andrés Bello<sup>(30)</sup> que se denota, entre otros aspectos, por el gran número de definiciones que contiene. Ciertamente que los legisladores no suelen ser muy proclives a ellas, quizá como advertía el jurista romano, por el peligro que encierran<sup>(31)</sup>. Pero el legislador chileno no sólo no rehuye ese riesgo sino que parece complacerse en él<sup>(32)</sup>. En el Título primero del Libro cuarto define la obligación y el contrato; en el artículo 1.893 define la compraventa; en el 1838 la evicción; en el 1857 la acción redhibitoria; en el 1897 la permuta y en el 1915 el arrendamiento. A modo de ejemplo transcribimos este último en el que puede observarse junto a la perfección técnica de la definición, el riguroso contenido romanístico de la misma. Dice el artículo 1.915: "el arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado".

De la regulación de las obligaciones me parece digno de destacar la referente a las obligaciones alternativas (artículos 1.499-1.504) y facultativas (1.505-1.507) ya que denota una gran sensibilidad en la interpretación de los

(29). La tradición romana que Pothier supo imprimirle, aunque, sin duda, Andrés Bello tendría en cuenta otros comentarios al Código Napoleónico, además del de Pothier, como los de Domat y Troplong. Alejandro GUZMAN BRITO, profesor chileno que ha estudiado con profundidad este aspecto, considera asimismo de gran influencia en Bello los comentarios de Delvincourt. Cfr. GUZMAN, *Para la Historia de la fijación del Derecho civil en Chile durante la República* (II), *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, Univ. Católica de Valparaíso, II, 1.977, pág. 101 ss.

(30). En este aspecto incidieron varias ponencias en las Jornadas que con motivo del Bicentenario de Andrés Bello, celebradas en 1.981, tuvieron lugar en Chile, Venezuela, Italia y España, según la puntual referencia que nos transmite CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc.cit. pág. 109 y ss. y en especial, notas 249 y ss.

(31). La advertencia romana se contiene en el conocido texto de Javoleno, D. 50,17,202 (11 *epist.*): *omnis definitio in iure civile periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*. Andrés Bello no sólo conocía el texto romano, sino muy probablemente, las enormes discusiones que se suscitaron a propósito de los trabajos preparatorios del Código civil francés, respecto a si las definiciones debían o no ser introducidas en las leyes. Terminó prevaleciendo la opinión de Cambaceres, duque de Parma—redactor del Primer Proyecto del Código civil, de 1.793—contraria a que las definiciones tuvieran cabida en el Código, por entender que todo lo que es doctrina pertenece a la enseñanza del Derecho y a los libros de los juristas, no a las leyes; tal y como aparece recogido en las Actas del Consejo de Estado de la época. Obviamente Andrés Bello no fué de esa opinión y se propuso enseñar, en el más puro castellano, las instituciones de Derecho civil al pueblo chileno y a la posteridad.

(32). Como acertadamente ha observado CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura*, etc. cit. pág. 113.

textos romanos que le sirven de fundamento, no siempre fácilmente comprensibles.<sup>(33)</sup>

Por el contrario no me parece muy digno de elogio –y por lo excepcional merece destacarse– el título X dedicado a las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1.524-1534) en el que Bello sigue demasiado fielmente al Código de Napoleón que ha sido justamente criticado en este punto<sup>(34)</sup>.

También es, desafortunadamente, fiel trasunto del Código napoleónico en materia de fuentes de las obligaciones, donde –quizá por un mimético respeto a la tradición– ampara en el artículo 1.437 la cuatripartición justiniana de las fuentes de las obligaciones, condenada sin reservas por la doctrina<sup>(35)</sup>. El Código civil español es menos criticable en la redacción del artículo 1.089. Ninguno acertó con la fuente romana idónea hasta el moderno legislador italiano de 1942 que en su artículo 1.173, absolutamente encomiable a mi juicio, recoge el contenido de D. 44,7 1 pr. (Gai. *Zaureorum*)<sup>(36)</sup> al establecer que "le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico".

Un claro ejemplo de la utilización por Andrés Bello de las Partidas se tiene en la regulación de la *laesio enormis*, tal y como se recoge en los artículos 1.888 al 1.896 del Código chileno. La influencia de Las Partidas en dichos artículos se constata por un trabajo publicado aparte por el propio legislador y titulado

---

(33). Sobre estas clases de obligaciones, los principales textos romanos que las regulan y la bibliografía más importante sobre las mismas, por todos, IGLESIA, *Derecho Romano*, 10º ed., Barcelona, 1.990, pág. 363 y ss.

(34). VÉLEZ SARFIELD, en el Anteproyecto de Código civil argentino, y en la nota al Título XII, señala al referirse a las obligaciones divisibles e indivisibles que "rechazo en este punto al Código de Napoleón por sus errores y prefiero las Leyes de Partida por cuanto que aquí se encuentran fielmente los principios del Derecho romano que son los verdaderos en esta materia" (Cfr. CASTAN VÁZQUEZ, *La Influencia de la literatura*, etc. cit. págs. 127–128, nota 291). Sin embargo Andrés Bello tendrá en otras muchas ocasiones presentes a las Partidas, como tendremos ocasión de ver. Téngase en cuenta sobre esto lo que señala A. GUZMÁN, *Para la Hº de la fijación del Derecho civil en Chile*, etc. cit. pág. 103 cuando dice: "Todavía debemos agregar que a las influencias francesas en el sistema y en el contenido y alemana en la terminología, se suma en esta materia una importante influencia del Derecho castellano, especialmente del proveniente de Las Siete Partidas, aún vigentes en Chile a la época de la elaboración y promulgación del C.c.ch. Esta influencia es también de carácter sustancial, en cuanto el codificador chileno, apartándose en repetidas ocasiones del arquetipo francés, recogió sus materiales del aludido derecho castellano".

(35). En este sentido recientemente de los MOZOS TOUYA, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno Derecho civil*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VI, Madrid, 1.995, pág. 103 y ss. donde se recoge la principal bibliografía sobre el tema.

(36). "*Obligations aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*".

"Sobre el modo de calcular la lesión enorme en los contratos conmutativos". Pone de relieve Andrés Bello en dicho trabajo la influencia de la doctrina justiniana a través del Derecho castellano para la lesión del vendedor; y para la lesión del comprador, sobre la que no aparecen indicios en el Derecho romano, la doctrina que la romanística medieval vierte en Las Partidas primero y en el Ordenamiento de Alcalá y Novísima Recopilación, después. Todo ello queda reflejado en los citados artículos del Código chileno<sup>(37)</sup>.

Hemos visto algunos artículos en los que Andrés Bello se dejó influenciar por el Código francés y otros en que prefirió seguir Las Partidas<sup>(38)</sup>. De igual forma no será difícil comprobar que otros están directamente tomados de las fuentes romanas, como, por ejemplo, el artículo 1.815 relativo a la venta de cosa ajena, que se corresponde con D. 18,1 28 (Ulp. 41 *ad Sab.*); o el 1.816, referente a la compra de cosa propia, en perfecta correlación con D. 18,1,16 (Paulo 9 *ad Sab.*)<sup>(39)</sup>.

En estos apuntes introductorios al tema de la Recepción en materia de obligaciones y contratos, he huido intencionadamente de aquellos temas que me son más familiares y que al haber sido ya publicados sería un tanto reiterativo incidir de nuevo sobre ellos, aunque fuera mínimamente. Sin embargo sí quiero hacer una pequeña excepción a propósito del libro "La compraventa civil de cosa futura", que escribí hace más de treinta años, lo cual hace que prescriba incluso al carácter excepcional de la cita. En la página 179 se dice: "contiene el Código civil de Chile una de las redacciones más breves y precisas sobre la compraventa de cosa futura de todos los cuerpos legales examinados"<sup>(40)</sup>.

El Código civil de Chile se refiere a la compraventa de cosa futura en dos artículos: en el 1.416 dice: "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menes-

---

(37). Así aparece claramente de relieve en el trabajo de MERELLO ARECCO, *Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código civil chileno*, en *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, IV, Universidad Católica de Valparaíso, 1979, pág. 89 y ss.

(38). En los artículos 1.698 al 1.714 que corresponden a la prueba de las obligaciones, la influencia de GARCÍA GOYENA parece muy clara. Las *Concordancias, motivos y comentarios* de 1852, sabemos que fué muy utilizado por Andrés Bello.

(39). "*Suae rei emptio non valet*" comienza el texto de Paulo, que parece traducir el artículo del Código: "La compra de cosa propia no vale".

(40). Estos son, además del español, los Códigos civiles de Italia (1865 y 1942), Francia, Grecia, Portugal, el BGB alemán y el de las Obligaciones suizo, entre los europeos, y entre los americanos los de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México (1870 y 1928), Perú Puerto Rico, de la provincia de Quebec, El Salvador, Uruguay y Venezuela; Cfr. *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963, pág. 169 y ss.

ter que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". El precepto se relaciona con el artículo 1.130,1 del Código de Napoleón, pero le supera técnicamente, manteniendo a la vez el máximo respeto y fidelidad a la doctrina romana<sup>(41)</sup>.

Mayor elogio, si cabe, merece el segundo de los artículos que el Código chileno dedica al tema: en el 1.813 dice: "La venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte". No se puede condensar mejor, a mi juicio, la doctrina de la *emptio rei speratae* y de la *emptio spei* de Pomponio en D. 18,1,8 (*ad Sab.*)<sup>(42)</sup>.

Frente a estos ejemplos de recepción correcta de instituciones clásicas, hay otros—los menos en esta materia de obligaciones y contratos, como ya hemos significado— que distan del pensamiento romano original. En este muestreo que venimos realizando, quisiera recordar la sutil distinción romana *emptio contracta* —*emptio perfecta*, clave para entender, en ciertos casos, la atribución del riesgo de perecimiento de la cosa (*periculum*) al comprador. Esta distinción no ha sido bien recepcionada ni por el Código civil chileno ni por ningún otro, que yo sepa. El artículo 1.801 del Código chileno, como el 1.450 del Código español, confunden *emptio perfecta* con *emptio contracta*, al señalar que la venta se reputa "perfecta" desde que las partes han convenido en cosa y precio. Sin entrar—esta vez una más— en el fondo del tema, baste recordar que en el Derecho romano clásico, la compraventa se considera *contracta* cuando se ha llegado a un acuerdo, cuando se ha convenido, en cosa y precio. Pero *perfecta* únicamente si ya está en condiciones de producir efectos; lo que no sucederá si determinadas circunstancias (compraventa condicional; de cosas genéricas; precio sin determinar; falta de escritura, si es que se exige —como a partir de la época post-

(41). Nuestro Código civil español hace una única mención en el artículo 1.271: "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras".

(42). "*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur"*



clásica— etc.) retrasan su eficacia. La venta existe: hay *emptio contracta*, pero todavía no es *perfecta*<sup>(43)</sup>.

Como hemos venido señalando, las normas recepcionadas del Derecho romano en materia de obligaciones y contratos en los ordenamientos jurídicos actuales responden con fidelidad —salvo pequeñas excepciones— a las instituciones elaboradas por la jurisprudencia romana. Es el camino recorrido hasta su definitiva recepción en dichos ordenamientos, el que resta por conocer en la mayor parte de esas instituciones.

Conviene señalar, asimismo, que no todo el Derecho romano ha sido objeto de Recepción, sino solamente las instituciones que hoy nos son más conocidas, las más características. Queda, pues, mucho Derecho romano que no ha quedado plasmado en los Códigos civiles. O dicho de otra manera, todavía se encuentran en los textos romanos, soluciones válidas a los problemas jurídicos que se plantean en el mundo de hoy, por muy modernos que éstos puedan parecer. El Digesto contiene un filón inagotable de esas soluciones, hasta el punto que sigue sorprendiendo incluso a los que llevamos más años frecuentando su lectura.

Con el pretexto de agradecer al Profesor DÍAZ BAUTISTA —y en su persona a todo el Comité organizador de este Congreso— la cordial acogida que nos ha deparado, me dirijo especialmente a él, como empedernido melómano, para decirle que mi introducción dista mucho de ser un brillante prelude o una armoniosa obertura. Pese a ello he procurado colorear temáticamente mi intervención de los aspectos que me han parecido de mayor interés, ya que desconozco, hasta este momento, los títulos de las comunicaciones que constituyen la verdadera "partitura" del Congreso. No obstante, acometo lo que pudiera considerarse el tercer y último. En estos últimos compases me voy a referir a alguna de las que estimo pueden denominarse alteraciones o desviaciones vulgares de la moderna doctrina. Alteraciones o desviaciones son porque se apartan del sentido que las instituciones tienen en el Código civil, al que han llegado a través de seculares vicisitudes, pero conservando la esencia de su origen romano. Y vulgares también lo son por cuanto son desviaciones conscientes del ordenamiento jurídico, en base a circunstancias "extrajurídicas". sociales, económicas, que puede que justifiquen el fondo de la decisión, a veces, pero nunca a consta de falsear, de deformar conceptos jurídicos históricos pero vigentes. Existen recursos técnicos

---

(43). Por todos, tanto para el Derecho romano como para el moderno, vid. ALONSO PEREZ *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1.972, pág. 176 y ss.

suficientes –basta fijarse en algunos de los utilizados por la jurisprudencia romana, como la analogía– para dar la solución jurídica justa a un problema social o económico, sin destrozarse instituciones jurídicas bien conocidas de todos. Me ha parecido oportuno llamar en este punto su atención porque considero que es el romanista el más capacitado, por sensibilidad histórica, para detectar y denunciar aquellas desviaciones de la ciencia jurídica romana cristalizada en nuestros ordenamientos jurídicos<sup>(44)</sup>.

Los casos que he observado son varios, pero, necesariamente, por razones de tiempo me voy a limitar a uno solo: el tratamiento en el actual sistema jurídico español de la responsabilidad civil extracontractual o culpa aquiliana (como sigue denominándosele cada vez más impropia) tal y como puede observarse en las reiteradas sentencias del Tribunal Supremo (que en adelante abreviaremos TS).

Sin entrar ahora en la barbaridad que supone la duplicidad de regímenes en materia de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico español<sup>(45)</sup>. Y digo barbaridad uniéndome a la mayoría de los civilistas<sup>(46)</sup>, quienes critican, con razón a mi juicio, la falta de sentido de la duplicidad, que, además, no tiene parangón en ningún otro ordenamiento jurídico<sup>(47)</sup>. La responsabilidad civil, provenga de donde provenga, debe regularse por el Código civil y la penal por el Código penal. Este error, que repito solamente se da en el sistema jurídico

---

(44). El profesor de Derecho Romano en la Universidad de Colonia, Andreas WACKE, viene a decir algo que me parece fundamental: "una interpretación puramente histórica de las Pandectas en sí misma es estéril; se vuelve realmente fructífera sólo cuando la analizamos plasmada en los ordenamientos jurídicos modernos ...Los textos de las codificaciones modernas han de hallarse, por ello, en cada momento cerca de la mesa de trabajo de todo romanista". Cfr. *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparado*; en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IV, Madrid, 1993; pág. 204.

(45). Responsabilidad civil que aparece regulada en el Código civil (artículo 1.902 a 1.910) y en el Código penal vigente–vigente en el momento de pronunciar la conferencia (artículos 19 a 22 y 101 a 110) y también en el nuevo Código penal (artículos 109 a 125).

(46). Me guió en este punto, como en todo lo que sigue referente a responsabilidad civil, del criterio de mi ilustre colega el catedrático de Derecho civil Profesor León González a quien agradezco su asesoramiento.

(47). La causa es bien sabida, la codificación penal en España precedió a la civil y es lógico que el legislador del Código penal de 1.822 se creyera en la obligación de incluir normas civiles sobre la responsabilidad extracontractual en espera de que, a la publicación del Código civil se incluyeran en éste, desapareciendo en ese momento del penal y dando así lugar a una única regulación de la responsabilidad aquiliana en el lugar que le corresponde: en el Código civil. Esto no fue así y al publicarse el Código civil la duplicidad hizo su aparición pues el desafortunado legislador del artículo 1.092 del Código civil señala que "las obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas se regirán por el Código penal"; cuando las obligaciones civiles resulta que son eso precisamente: *civiles* (reparar el daño, restituir, etc.) y por tanto idóneas de ser reguladas por el Código civil.

español, no sólo no ha sido corregido en las sucesivas reformas de los respectivos Códigos, sino que –como también hemos ya señalado– en el nuevo Código penal se ratifica esta dualidad tan perturbadora de normas; ya que, además, resultan divergentes, con diversos plazos de prescripción, etc.

Pero aún más grave que lo anterior, resulta, a mi juicio, la progresiva objetivación de la responsabilidad que desde hace años lleva a cabo nuestro TS, lo cual ha degenerado en una desnaturalización del concepto de culpa, a la pérdida de su esencia romana tal y como aparece configurada en la *lex Aquilia* y, sobre todo, en la riquísima interpretación de los juristas romanos y en los propios textos codificados.

El TS ha acuñado expresiones como "El daño demuestra la culpa"; "culpa objetiva" (Sentencias del TS de 23 de diciembre de 1952; 14 de marzo de 1978; 16 de marzo de 1983) que han convertido el término "culpa" en una mera formalidad, en un término vacío de sentido, en definitiva en una "culpa sin culpabilidad"<sup>(48)</sup>.

Generalmente el TS elude la definición o descripción de la culpa amparándose en conceptos tan indeterminados como el de previsibilidad. Esta previsibilidad se ciñe a las particularidades del caso de forma que la resolución del supuesto no genera compromiso para ulteriores sentencias<sup>(49)</sup>. Se llega a observar cómo a veces un suceso, en sí imprevisible, puede dejar de serlo si lo incluimos en una categoría conceptual de previsibilidad más amplia, en una categoría abstracta. Así, en sentencia del TS de 18 de noviembre de 1980 se afirma que la posibilidad de prever los sucesos es un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos. Especialmente significativa, en el sentido que venimos aduciendo, es la sentencia del TS de 4 de junio de 1980 en la que –a propósito de una chispa que provocó un incendio– se llega a decir literalmente lo siguiente: "siendo el incendio un suceso siempre previsible". Si esto es así entonces ¿a qué queda reducido el caso fortuito?. En cualquier caso, un incendio sólo será previsible si se le separa de cualquier coordenada temporal, espacial y causal. En definitiva, el TS ha ido sentando una doctrina oscilante, llena de conceptos imprecisos y un tanto desconcertantes, que impiden la elaboración de unas bases sólidas que nos lleve a la construcción de una teoría de la responsabilidad.

(48). Es decir: que las circunstancias personales que afecten al causante del daño no se toman en consideración. Se prescinde, intencionadamente, de toda subjetividad a tenor de las anteriores frases y de otras similares que pueden habitualmente encontrarse en sentencias del TS como: "la licitud en el comportamiento no excluye la culpa"; "cumplir con las normas no excluye la culpa". Entonces ¿qué la excluye?, ¿qué es la culpa?. Sin duda el tradicional concepto de culpa se ha distorsionado.

(49). Así puede observarse en sentencias de 25 de mayo de 1965 y 4 de mayo de 1984.

Hace años, y por vía de la culpa levísima, empezaron a recibir tratamiento condenatorio las conductas simplemente torpes, desafortunadas o erróneas, tensándose el arco de la diligencia hasta el máximo. Como el ámbito preferido para la aplicación de este criterio, eran los accidentes de circulación —donde siempre es posible encontrar un leve fallo en la actuación del conductor— el recurso a la culpa levísima empieza a decaer al entrar en vigor la Ley del Automóvil en 1968. Recuérdese que en el Derecho romano la culpa levísima aparece solo una vez en todo el Digesto en un texto (D. 9,2,44 pr.; Ulp.42 *ad Sab.*: "*in lege Aquilia in levissima culpa venit*") ya que su correspondiente de Las Basílicas (60,3,44) habla solo de *culpa levis*<sup>(50)</sup>. Y lo cierto es que en la práctica del Derecho común, que llegó después a los Códigos civiles, la responsabilidad nacía únicamente a partir de la *culpa levis*.

En su desviación vulgar sobre el concepto tradicional de culpa, el TS se ha ido alejando progresivamente del Derecho positivo, y lo ha hecho de tal manera que ha entrado en contradicción con la propia ley, ya que ha llegado a invertir la carga de la prueba en materia de culpa. El artículo 1.214 del Código civil, en perfecta consonancia con las fuentes romanas que lo informan, establece que: "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento"; es decir, al acreedor le incumbe probar que efectivamente lo es. Por consiguiente, al demandante dañado —acreedor de la indemnización— le corresponde la prueba de la culpa, como hecho generador de la obligación de reparar; es decir, tendrá que demostrar no sólo el daño y su autoría, sino también la culpabilidad del agente u omitente. Esta fue la tesis que, coherentemente, mantuvo el TS aproximadamente hasta los años 60<sup>(51)</sup>. A partir de aquí, el TS modifica sus planteamientos y comienza a admitir como prueba la simple "verosimilitud" o "probabilidad" de la culpa, para acabar "presumiendo la culpa", mientras hechos lesivos indican por sí mismos, de forma verosímil o probable, que el daño se ha causado por culpa.

Se han ido creando presunciones de culpa donde no las había, hasta el punto de que si hay daño se presume culpa; y se invierte —*contra lege*, contra el artº 1.214— la carga de la prueba.

No se acaban aquí las desviaciones del concepto de culpa: el TS, en su

(50). Quizá el primero que hizo la observación fuera DONELLO, que comenta la *lex Aquilia* en el Tomo X, Volumen primero de su *Opera omnia. Et commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum*, Lucae, 1766.

(51). Téngase en cuenta que son los años del gran desarrollo industrial, lo que trae aparejado muchos accidentes y daños que se estima deben ser reparados en todo caso. Una vez más las circunstancias económicas y sociales influyen para que se tomen medidas vulgares, ajenas a la técnica jurídica.

rigurosísima interpretación del artº 1.903 de Cc. por el que se considera responsables por daños causados por actos u omisiones ajenos: a los padres, tutores, empresarios y enseñantes, salvo "cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"; perfecta redacción romanista del Código, que en la práctica resulta totalmente inútil ya que el TS eleva hasta tal grado el techo de la diligencia a observar que realidad no hay posibilidad de disculpa. Si hay daño no hay posibilidad de exoneración.

Cabe finalmente preguntarse por qué esta actitud vulgar, atécnica, del TS en materia de responsabilidad aquiliana. Desde luego no por desconocimiento —de ahí la similitud que encuentro con las prácticas de Derecho vulgar—; su actitud revela, a mi juicio, de un lado el loable propósito de buscar siempre la solución más favorable a las víctimas de un daño, la protección a ultranza a las víctimas, lo que considera la realización de la justicia del caso concreto; y de otro, no apartarse nunca del criterio de la culpabilidad, el no querer admitir la pura responsabilidad objetiva, la responsabilidad sin culpa<sup>(52)</sup>.

El TS, para la consecución de tan loable propósito de protección a las víctimas, ha podido utilizar el recurso de la analogía que le presenta la amplísima legislación especial que recurre a la responsabilidad objetiva<sup>(53)</sup>; incluso en el propio Código tiene supuestos de responsabilidad objetiva susceptibles de utilización analógica (artículos 1.905, 1.908 y 1.910); pero, desgraciadamente, la analogía resulta hoy un recurso tan excepcional que prácticamente no existe. Y no existe en la práctica el recurso a la analogía por cuanto que, aunque el artº 4, 1 del Cc. establece que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón", la disposición transitoria 13 viene a dejarlo inutilizable al señalar que "los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento". El recurso a la analogía queda así maniatado<sup>(54)</sup>; y un ordenamiento jurídico que impide en la práctica la interpretación analógica está condenado a la asfixia de su propio normativismo<sup>(55)</sup>.

---

(52). Esta responsabilidad objetiva, perfectamente conocida por la Jurisprudencia clásica como responsabilidad por *custodia*, fue suprimida —como es sabido— por Justiniano que no cocibe la responsabilidad sin culpa.

(53). Como sucede en la legislación en materia de accidentes de trabajo, caza, navegación aérea y espacial, energía nuclear, materia de consumo, vehículos de motor, etc.

(54). Lo que no deja de ser otro síntoma de vulgarismo moderno en el que no es posible entrar ahora.

(55). Es sabido que los juristas romanos fueron maestros en el uso de la analogía, y que muchos de los institutos, que consideramos hoy como logros de la ciencia jurídica moderna, se deben al juego inter-



La interpretación extensiva y analógica de las normas que sobre responsabilidad sin culpa existen en el ordenamiento jurídico, podría haber sido un arma perfecta para mantener la reiterada doctrina del TS protectora de las víctimas de un daño y no, como se ha hecho, a base de forzar y adulterar el concepto romano de culpa contenido en el artº 1.902.<sup>(56)</sup>

No me queda sino desear que alguna de las ideas aquí expuestas y, sobre todo, las que se aportarán en la comunicaciones que se presentarán a continuación y en el debate que seguirá a todas ellas, sean el germen estimulante de ulteriores trabajos en beneficio de la ciencia del Derecho, en una de sus facetas más descuidadas por la doctrina: la Historia del Derecho privado.

---

pretativo analógico de la Jurisprudencia romana. No es posible ahora abundar en ello, pero por apuntar un solo ejemplo—referido, además, al tema de nuestro Congreso— sirva la extensión analógica de los pactos pretorios al *ius civiles* (realizada principalmente por Sexto Pedio) que supuso la unificación del sistema contractual romano bajo la genérica idea de *conventio*. O dicho más clara y contundentemente: la mencionada extensión analógica nos ha llevado al moderno concepto de contrato.

(56). La interpretación extensiva y analógica de las normas que sobre responsabilidad sin culpa existen en nuestro ordenamiento, que no se ha hecho por el TS, pudo, sin embargo tener acogida en sentencia del TS de 2 de enero de 1.914 (loque hubiera probablemente cambiado el signo de las futuras sentencias), a propósito de un supuesto de atropello mortal por automóvil en el que el recurrente trató de conseguir una sentencia condenatoria en base a la aplicación analógica del artº 1.905. El TS rechazó de plano esta solución—sin demasiados argumentos, en mi criterio—.En ese momento todavía no existía la "ley del automóvil"; pero cuando ésta se publica resulta curioso comprobar el paralelismo entre el citado artº 1.905 del Cc. y el artº 1º de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor (texto refundido de 21 de marzo de 1968).

No quiere decir lo anterior que el TS no utilice nunca la analogía; sin salir de nuestro tema de responsabilidad, por sentencia de 23 de febrero de 1976, el TS hace una interpretación analógica del artº 1.903. Lo que sucede es que, a mi juicio, aplica en este caso mal la analogía, pues extiende la responsabilidad a la propietaria del automóvil por los daños que al volante causa su novio, que por muy "cuasifamiliar" que el TS le considere, no es analogable con los padres.

