

LA PRESENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA
NORMATIVA EUROPEA DEL SIGLO XX. ESPECIAL
CONSIDERACIÓN A SU INFLUENCIA EN EL DERECHO
CANÓNICO DE LA PASADA CENTURIA

*THE PRESENCE OF ROMAN LAW IN THE EUROPEAN REGULATIONS
OF THE 20TH CENTURY. SPECIAL CONSIDERATION OF ITS
INFLUENCE ON THE CANONIAN LAW OF THE PAST CENTURY*

RESUMEN

La recepción del Derecho romano en los Derechos positivos vigentes es una material de especial interés para los investigadores, porque está en la base de la mejor comprensión de la influencia que el primero ha tenido en los ordenamientos actuales, especialmente de tradición germánica. Entre ellos está el Derecho canónico, que desde el siglo XII ha recibido el influjo de las nociones y técnica jurídica heredada de Roma, llegando a los códigos del siglo XX, no solo del promulgado en 1917, sino también en el más reciente para la Iglesia Latina de 1983.

Palabras clave: Derecho romano, Derecho canónico, Recepción, Corpus Iuris Canonici, Derecho europeo, Codificación.

ABSTRACT

The reception of Roman Law in the current positive Rights is a material of special interest for researchers, because it is at the base of the best understanding of the influence that the former has had in the current legal systems, especially in the Germanic tradition. Among them is the canon law, which since the twelfth century has received the influence of the notions and legal technique inherited from Rome, reaching the codes of the twentieth century, not only of the promulgated in 1917, but also in the most recent for the Church Latin of 1983.

Keywords: Roman Law, Canon Law, Reception, Corpus Iuris Canonici, European Law, Codification.

INTRODUCCIÓN

Miguel de Unamuno, catedrático de griego en Salamanca, afirmaba que la Iglesia Católica era una suma de la Filosofía griega y del Derecho romano, por cuanto ambos elementos habían contribuido eficazmente a darle especificidad muy especial, respecto de otros credos o confesiones religiosas, mientras el filósofo Javier Zubiri, señalaba que los tres pilares de la cultura occidental eran la Biblia, la Filosofía griega y el Derecho romano.

Hay dos notas características del ordenamiento jurídico de Roma para situar el cuadro histórico y sistemático del mismo: de una parte, el tradicionalismo del pueblo romano, y de otro la posición del Derecho privado como normativa jurídica por excelencia, casi en sentido técnico, por lo cual, examinando esta perspectiva de la Recepción, debemos referirnos en primer término a las relaciones privadas¹.

El tradicionalismo, o la fijación de esquemas que se fueron formando progresivamente y transmitiendo, es innato a la mentalidad del jurista, que encasilla la vida dentro de algunos esquemas formales; en este sentido, resulta significativo que el pueblo que gozó del singular genio jurídico y cultivó el derecho como alta expresión de cultura, ha sentido el tradicionalismo como derivado de la costumbre.

El hilo conductor de la tradición, que no impide transformaciones, sino que permite que éstas sean profundas, sin bruscas interrupciones en la continuidad histórica de las instituciones jurídicas², queda patente en la organización constitucional³. El mejor ejemplo de la utilidad de este planteamiento ha sido

1 Juan Iglesias destacaba en uno de sus libros, con referencia al planteamiento de Francesco de Martino, que compartía el romanista español citado, «la extraordinaria capacidad de innovar sin destruir lo viejo, hace posible los intentos de remontarse a los orígenes más que en otros campos», o según sus propias palabras: «lo nuevo debe descansar en lo viejo y conocido». IGLESIAS, J., *Vida y sobrevivencia del Derecho romano*, Granada: 1998, 53.

2 El romanista salmantino, colocaba entre las notas distintivas del espíritu que impregnó el Derecho romano la simbiosis entre «tradición y progreso», poniendo el énfasis de la «aptitud del *ius civile* para aumentar de ser», lo que tiene lugar por arrastre de tradición, por entrega de lo que precede, que no es tanto el repertorio de normas e instituciones, en su física corporeidad, cuanto la propia interioridad de la cultura jurídica envolvente», para servir a las instancias del progreso, y añade «el *ius civile*, madriguera de las nociones, de los principios y de las reglas —de lo que es medular o esencial—, cambia permaneciendo. Por ello, «nada de revolución». IGLESIAS, J., *Espíritu del Derecho romano*, Madrid: 1980, 75-77.

3 El binomio *ius publicum-ius privataum* aparece claramente enunciado en la jurisprudencia, aunque sus perfiles, tomados los textos aisladamente, resultan fragmentarios. Si la expresión «*huius studii duae sunt positiones*», que precede a la identificación del binomio referido, ha motivado una discusión en la doctrina sobre el valor pedagógica de la misma, u otro de mayor alcance, no hay duda que dos son los puntos de contraste: conforme al primero, es Derecho público, «*quod ad statum rei romanae spectat*», y el privado «*quod ad utilitatem singulorum pertinet*», mientras que en el segundo, el jurista Papiniano no duda en sostener «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*», dejando a un lado la distinción del contenido, que

la aplicación que del mismo viene haciendo, desde hace muchas centurias, el pueblo anglosajón, y su valoración positiva.

Pero es en el Derecho privado, con sus instituciones en materia de familia, propiedad, obligaciones, contratos y sucesiones, donde la elaboración de los esquemas jurídicos asumieron un aspecto más técnico, y la evolución histórica permite observar el principio, a tenor del cual, el nuevo enfoque se coloca al lado o superpone al antiguo, sin destruirlo, y este proceso parece constituir una ley histórica⁴.

también aparece descrita, siquiera fragmentariamente para el Derecho público, «*in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*», mientras que en el privado hay que rastrear, no las fuentes, sino los institutos recogidos en el Digesto de Justiniano, para ver algunas instituciones que salen del campo que hoy conceptuamos como Derecho privado, tales como lo relativo a la tutela o a la *usucapio*. Vid. DECLAREUIL, J., *Rome et l'organisation du Droit*, París: 1924, 28-29. En Derecho moderno se ha discutido ampliamente sobre esta dualidad, pero en general toda la doctrina más cualificada mantiene su vigencia, aunque los contornos de cada una y su diferenciación resultan cada vez más difusos. Tres son las teorías que se han defendido como fundamento del binomio: 1. Para algunos, el Derecho público se habría caracterizado por la naturaleza de los sujetos que realizan los actos jurídicos, y por tanto regularía la actividad de los sujetos tales como el Estado, las regiones, las comunidades autónomas, las provincias, los municipios etc., en el ejercicio de una *potestas* pública, mientras que en todos los demás supuestos, a saber, fuera del ámbito de competencia y actuación de los sujetos que son públicos por naturaleza y actúan «*tanquam imperio praediti*», estaríamos en el campo del derecho privado. 2. Santi Romano o Cicu sostienen que la distinción hay que hacerla tomando como base no los sujetos de las relaciones jurídicas, sino con referencia al objeto al cual se dirige el derecho, es decir, si considera el interés público prevalentemente estaremos en el campo del Derecho público, y si considera inmediatamente el interés de los particulares, estaríamos en el campo del Derecho privado. 3. Una tercera opinión, sostenida entre otros por Messineo, entienden que Derecho público es el que asume como objeto de sus propias normas la disciplina de los intereses generales, y por consiguiente, además de integrar el que regula la organización de la sociedad y actividad del Estado con los demás entes políticos menores agregados, también regula las relaciones de estos entes entre sí y de los susodichos entes y los particulares, en todas las cuales los entes afectados se presentan, casi siempre, en posición de supremacía respecto a los particulares, que asumen una posición de subordinación. Por el contrario, Derecho privado es el que disciplina los intereses particulares, incluso de grupos, siempre que sean intereses colectivos y no generales, además de las relaciones entre los sujetos que participan en ellas, en las cuales, en general, se producen las relaciones en una posición de igualdad. Más compleja resulta la descomposición de cada una de las ramas del Ordenamiento, público o privado, puesto que si en éste hay que situar el Derecho civil, mercantil, industrial, agrario, transporte, trabajo, la clasificación ni es fija ni es válida en su integridad para aglutinar todas las ramas de los conjuntos normativos que encontramos en los Estados modernos, ya que aparecen variaciones concretas tales como el Derecho de la navegación, con aspectos publicísticos muy relevantes, o el Derecho minero, con intervenciones frecuentes de los poderes públicos en razón de la utilidad social e interés público que reviste, al igual que sucede con el Derecho del trabajo, de cuyo ámbito privatístico se escapan las normas relativas al Derecho sindical y de la Seguridad Social, aunque en el ámbito privatístico queden, parcialmente, las relaciones de los trabajadores y empresarios o patronos. Vid. MÜLLEJANS, H., *Publicus und privatus im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht*, München: 1961.

4 Juan Iglesias, antes citado, no duda en afirmar: «La historia de Roma es una historia que se escribe desde atrás y desde adelante: en principio era el fin; en el fin el principio», porque se aúna el empuje de lo que comienza con la nostalgia del pasado, «venerando y mítico». Por ello, una virtud de los romanos fue su fidelidad a la memoria histórica, que es la cultura entregada de unos a otros, porque incluso aquello que ya está desfasado no resulta ineficaz, porque el pueblo romano, imbuido del principio según el cual lo que se recibe debe ser superado, invocan lo viejo por su bondad, pero nunca con ánimo de restaurarlo en su totalidad, respecto de las prescripciones que contenía, porque eran conscientes de que muchas eran ya inadecuadas para el nuevo tiempo. IGLESIAS, J., *Roma. Claves históricas*, Madrid: 1985, 40-41.

La época de mayor transformación, como fue el primer tercio del siglo IV d. C., con al gobierno imperial de Constantino, en el que la normativa clásica recibió profundos influjos de diversas procedencias ideológicas y geográficas, e incluso en la de Justiniano, en el siglo VI, al redactar la Compilación, se mantuvo el hilo de la tradición.

Otro aspecto característico se manifiesta en el hecho de que el Derecho privado, o conjunto de esquemas y reglas que definían las relaciones y condiciones humanas, y los medios a través de los cuales aquéllas se exteriorizaban, y venían garantizadas, formaba un bloque en sí mismo, como orden jurídico de la sociedad. Ello implicaba que las relaciones entre los diversos órganos del Estado no se perciben por los ciudadanos como un sistema unitario, de modo que el Derecho privado, frente al derecho público, con su correspondiente proceso de evolución histórica, vienen a formar la materia básica para el análisis y reflexión de los técnicos del Derecho, como observó Grosso⁵.

Uno de los campos de investigación más usuales de la romanística moderna en Europa consiste en examinar el nivel de influencia del Derecho romano respecto de la formulación de los conceptos jurídicos medievales, así como la relación entre el cristianismo y la regulación jurídica del Bajo Imperio⁶, o viceversa, tanto por el influjo que el primero ejerció sobre el segundo, como por la incidencia de la normativa romana en la estructuración jurídica eclesial⁷.

5 GROSSO, G., *Le idee fondamentali del Diritto romano*, Torino: 1958, 10-13.

6 Desde el punto de vista político, no hay duda que, en este período, el cristianismo colaboró lealmente con el Imperio. En el campo jurídico privado la influencia es innegable, aunque mientras unos la minimizan, otros la exageran, hasta el extremo de hablar, como hace Biondi, de un *Derecho romano-cristiano*. Vid. ORTÍZ ROMÁN, B., Las ideas cristianas y el Derecho romano. Tesis presentada para obtener el título de Doctor en Derecho, Oviedo: 1941. Las principales direcciones del influjo se observan en estos ámbitos: en el campo de la esclavitud se llegó a institucionalizar la *manumissio in ecclesia o in sacrosanctis ecclesiis*, ligada al cristianismo (cf. GUILLÉN, J., La esclavitud en Roma, in: *Helmantica*, 23 (1972) 5-82); en materia de familia, a partir de Constantino, disminuye los vínculos de poder generados por la patria potestad, y al *ius vitae et necis* le sustituye la *pietas*, al mismo tiempo que cambia el significado del *consensus* inicial en la formación del matrimonio, con efectos muy relevantes en cuanto a la aparición de justas causas de divorcio, al mismo tiempo que se convirtió en el centro de la vida familiar; en el culto a los muertos, la Iglesia creó los cementerios como lugares sagrados y comunes de enterramiento para todos, dando a la muerte un sentido cristiano. El cristianismo fomentó las donaciones con fines de beneficencia, dando origen a las *piae causae* del Derecho romano justiniano; la propiedad pierde el significado de *ius* absoluto, y se relativiza por la función social que garantiza la prohibición de abuso del derecho y la *aequitas*; en materia de obligaciones se instituye la rescisión por lesión enorme y se regula morigeradamente el interés de los préstamos, al mismo tiempo que hay una fuerte humanización de las penas y mitigación de las mismas, admitiéndose la legítima defensa, como justificación de una conducta. Cf. GOLMAYO, P. B., Instituciones de Derecho Canónico, 3a ed., vol. 1, Madrid 1870, 119-125; CRIFÓ, G., *Diritti della personalità e Diritto romano cristiano* (1961), in: *Libertá e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Roma: 1984, 269-320.

7 Baste recordar los relevantes estudios que realizó, durante varias décadas, a lo largo de su vida académica, y en diferentes foros, el investigador francés Jean Gaudemet, de los que pueden servir como

Hace cuatro décadas, Victor Reina⁸ se planteaba la «influencia del Derecho romano en el Derecho canónico», como cuestión metodológica, a partir de un doble presupuesto, porque esta última ciencia es sagrada, y necesariamente se apoya en la Teología, aunque difiere de la misma, pero en cuanto ciencia jurídica, tiene su propio origen, que es la Iglesia, a pesar de lo cual, es evidente el influjo que ha recibido del ordenamiento de Roma a lo largo de la historia, tanto en lo que afecta a sus contenidos, como al método con el que ha sido estudiado su conjunto normativo⁹.

Ortíz Román¹⁰, al tratar de la influencia de las ideas y de la práctica cristiana en el Derecho público romano, no duda en sostener que «más notable es aún la influencia del cristianismo en el Derecho procesal o, al menos, más conocida. Los documentos más antiguos de la edad patristica y los estudios hechos sobre la *Episcopalis audientia* han revelado elementos interesantes de carácter procesal en este período. De modo particular, Justiniano otorga a los jueces aquella libertad característica de las autoridades eclesiásticas encargadas de juzgar, quienes más que a la letra de la ley, obedecen en sus fallos a

testimonio: *L'Église dans l'Empire Romain: (IVe-Ve siècles)*, París: 1990; *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IVe et Ve siècles*, París: 1957; *Formation du Droit canonique et gouvernement de l'Église de l'antiquité à l'âge classique*, Strasbourg: 2008; *Tradition romaine et réflexion chrétienne: le concept d'aequitas au IV siècle*, in *Utrumque Ius*, 11 (1990) 191-204; *Le Droit romain dans la littérature chrétienne occidentales du IIIe au Ve siècle*, Milano: 1978; *A propos du «droit vulgaire»*, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. 1, Milano: 1963, 271-300; *De la liberté constantinienne a une Église d'État*, in: *RDC* 23 (1973) 59-76; *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire Romain*, Napoli: 1992; en colaboración con P. SINISCALCO y G. L. FALCHI, *Legislazione imperiale e religione nel IV secolo*, Roma: 2000.

8 Vid. REINA, V. de, La influencia romana en el Derecho canónico como cuestión metodológica, in: *Ius Canonicum*, 9 (1969) 179-220.

9 Este canonista reitera, lo que es *communis opinio*, que a partir del Decreto de Graciano y sus intérpretes decretistas, el Derecho canónico se ha apoyado en los conceptos técnicos propios del mundo romano, acudiendo por necesidad al método de los legistas, comenzando por los glosadores, reconociendo que la cuestión ha sido objeto de análisis en múltiples ocasiones, con especial dedicación a las fuentes del Derecho de la Iglesia más que al método interpretativo, constituyendo una materia que no ha sido resuelta definitivamente. Después de presentar algunos problemas de los inicios, como la relación *ordo-munus*, o el significado de colegio y sus *decreta*, su objetivo final era «no solo saber las indudables influencias del Derecho romano sobre el canónico, ya que es evidente que influyó en la formación de éste, sino las consecuencias lógicas que ello ha comportado», tanto en el pasado como en el presente, recurriendo a glosadores y comentaristas del *Ius civile* o Cesáreo, y tomando como doctrina de referencia la aportada por el romanista Álvaro d'Ors: «los intérpretes medievales tienen un fin práctico, y tratan de solucionar problemas concretos que les planteaba la vida jurídica en la Iglesia, para lo cual acuden a la *ratio* o *mens legislatoris*, a pesar del riesgo que entrañaba un excesivo legalismo. El método fue más analítico que sistemático, si bien no faltaron autores que asumieron este último enfoque, lo que explica la abundante jurisprudencia, como vemos en materia matrimonial, gracias a la *prudentia iuris*, acercando por esta vía la norma a la realidad social, y su continua evolución».

10 ORTÍZ ROMÁN, B., Las ideas cristianas y el Derecho romano, Oviedo: 1941, 54-56. GARCÍA FUEYO, B. La recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV, Santiago de Compostela: 2015; id., La '*episcopalis audientia*' posclásico-justinianeas y la jurisdicción episcopal de Alonso de San Martín, hijo de Felipe IV (1642-1705), en *REDC* 71 (2014) 39-91 y 639-722.

los sentimientos de justicia y humanidad¹¹; hace obligatorios a los litigantes el juramento *tactis scris scripturis* de proceder de buena fe¹²; priva de acción al actor que rehúsa prestar el juramento de calumnia¹³; ordena que se considere *confessus* al demandado que se niegue a prestarlo¹⁴, y emana otras leyes encaminadas a evitar el engaño de los que conocen poco el procedimiento, el cual parece copiado del que venía utilizando en los tribunales de la Iglesia.

No obstante, donde se dejó sentir más eficazmente la acción del cristianismo fue en esa doble institución procesal, conocida con el nombre de conciliación y arbitraje¹⁵.

El mismo año que se publicaba el trabajo del romanista asturiano que estamos citando, Álvarez Suárez¹⁶ daba a conocer otro estudio sobre la misma materia, en el que destacamos tres aspectos relevantes: en primer lugar, que a mediados del siglo XIX se había superado la negación del influjo del cristianismo en el ordenamiento romano, impulsada por la Escuela Histórica a partir de Savigny, y a la que se adhirieron ilustres estudiosos de la decimonovena centuria, bajo el influjo de la filosofía materialista del marxismo, aunque sirvió, como contraste inicial del reconocimiento positivo de la influencia del cristianismo en el Derecho romano posclásico, lo apuntado, a mitad de la misma cen-

11 C. Iust. 3, 1, 8. Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*. Año 314. Sobre el significado de la *humanitas* en Derecho romano, vid. CRIFÓ, G., *A propósito de humanitas*, in: *Ars boni et aequi*. Festschrift für W. Waldstein, Stuttgart: 1993, 79-91.

12 C. Iust. 2, 58, 1, 1. Imp. Iustinianus A. Demostheni pp: *Non aliter concedi eis qui quaestionem servorum exposcunt ad hoc venire vel a iudicibus audiri, nisi prius tactis sacrosanctis scripturis deponant, quod non odio servorum vel propter ofensas coheredum ad hoc venerunt*. Año 529.

13 C. Iust. 2, 58, 2, 6. Imp. Iustinianus A. Iuliano pp: *Quod si actor noluerit subire sacramentum calumniae et hoc legitima fuerit approbatum, non liceat ei penitus ad litem pervenire*. Año 531.

14 C. Iust. 2, 58, 2, 7. Imp. Iustinianus A. Iuliano pp: *Sin autem reus hoc sacramentum subire recusaverit, in his capitulis, quae narratione comprehensa sunt, pro confesso habeatur et liceat iudici sententiam proferre*. Año 531.

15 El carácter vinculante del arbitraje se encuentra reconocido en Roma desde las XII Tablas, a través del precepto recogido en Tab. 7, 5b: *controversia est nata de finibus, in qua... tres arbitri fines regemus*, según Cicerón, *De legibus* 1, 21, 55. El instituto aparece bien definido en la jurisprudencia clásica, si examinamos D. 4, 8. *De receptis: qui arbitrium receperunt*, difundiendo Justiniano en el Imperio, según Benjamín Ortíz, «bajo la acción del cristianismo, para cuyos miembros era en muchos casos práctica obligada. Dos fines perseguía la Iglesia con el arbitraje: que no padeciera eclipse el amor mutuo, la caridad evangélica, con la que no se concilian los pleitos, y el sustraer a los jueces paganos los litigios que entre sus hijos pudieran surgir», remitiendo a Mt. 18, 15, 17 y San Pablo en I ad Cor. 6, 1-8. Este estudioso concluye: «No fueron inútiles las enseñanzas de los Apóstoles, ya que entre los cristianos se impuso como obligatorio, o el arbitraje, o el recurso al obispo, oficialmente reconocido ya en el siglo IV d. C., aunque alcanza mayor importancia en el Código Teodosiano, llegando a ser un privilegio de los clérigos, en la Novela 79». A causa del respaldo, que el emperador bizantino otorgó a esta institución tan provechosa, le dedicó incluso un título íntegro en el Código, intitulado *De receptis arbitris*, C. Iust. 2, 56 (55). ORTÍZ ROMÁN, B., op. cit., 56-58.

16 ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Influencias del cristianismo en el Derecho romano*, in: RDPPr, 25 (1941) 317-332.

turia, por Troplong¹⁷; en segundo lugar, que la generalidad de los romanistas, a partir de finales del siglo XIX, y especialmente en la primera mitad del siglo XX, han reconocido la importancia y extensión del influjo¹⁸; y, en tercer lugar, la relevancia de la *episcopalis audientia*, sobre cuya materia, además de sintetizar el *status quaestionis*¹⁹, concluye en un inciso final intitulado «tareas para el

17 TROPLONG, M., *De l'influence du christianisme sur le Droit civil des romains*, 3ª ed., París: 1868. Este jurista francés no duda en sostener, respecto de la materia que nos ocupa: «Constantin eut recours à la persuasion pour préparer les voies à l'autorité. Les évêques, investis par lui de nombreux privilèges temporels, furent placés, pour ainsi dire, à coté des citoyens, pour les éclairer de leurs conseils, pour être les juges-arbitres de leurs différends, pour protéger les faibles. Cette intervention se développa plus tard sur une grande échelle; elle devint le principe de la juridiction ecclésiastique qui à joué un si grand rôle dans les ténèbres du moyen âge, et sans laquelle la justice se fût infailliblement éclipcée... Pour le moment, l'arbitrage épiscopal fut loin d'avoir une aussi grande étendue... on voyait les évêques passer des journées entières à concilier les différends. Les païens eux-mêmes, frappées de leur sagesse, venaient les consulter, et soumettaient leurs affaires et leurs procès à leurs décisions... Les sentences des évêques, dégagées des formes judiciaires, ramenaient le droit à la raison et à l'équité. Elles tenaient plus de compte de la bonne foi que de l'asservissement à la langue, des droit de la nature que du droit strict, des préceptes religieux et moraux que des préceptes civils. En fin, la charité, la bienveillance, la vérité régnaient dans ce tribunal plus humain et plus éloigné de l'esprit contentieux que la justices officielle du préfet du prétoire». *Ibid.*, pp. 119-121.

18 El elenco de autores resulta muy prolijo, afirmándose actualmente que es opinión común entre los historiadores y juristas. La evolución de la competencia exclusiva de la Iglesia está bien contrastada en el Derecho posclásico, como Antonio Banfi ha explicado en 2005, junto a otros romanistas, no obstante sus divergencias interpretativas. Si la constitución imperial del año 318, atribuye la capacidad de la provocatio de una de las partes del litigio ante el tribunal episcopal, con la que el juez civil pierde inmediatamente toda su competencia, aunque no especifique el tipo de causa que es susceptible de la misma, una nueva lex, del año 333, impone al juez secular dejar de ocuparse de un asunto, si una de las partes del contencioso desea que su causa sea tratada en la *episcopalis audientia*. Esto hizo que San Agustín se queje de estar ocupado con procesos de personas no cristianas, y en materia de negocios seculares, sin olvidar que esas sentencias no eran susceptibles de apelación. A finales del siglo IV, en la constitución del año 384, Valentiniano, Arcadio y Teodosio I restringen la competencia del tribunal, *ratione personae*, a los clérigos y religiosos, y *ratione materiae* a las cuestiones religiosas, aunque en este último caso resulta dudoso si el afectado es una de las personas que gozaban del privilegio. No obstante, subsiste para el resto de materias y para los laicos, acudir al arbitraje del obispo, por lo cual, desde el año 384 d. C.: a) se prohíbe a los laicos citar a los clérigos para que comparezcan ante el juez secular; b) se prohíbe a los jueces seculares juzgar a los clérigos y materias eclesiásticas; c) se prohíbe a los clérigos que acudan a los tribunales seculares. Ese privilegio jurisdiccional de la Iglesia llegó hasta el canon 1553, si bien la competencia por razón de las personas, con el derecho originario y exclusivo a juzgar las que gozaban del privilegio del fuero, ha desaparecido en el actual CIC de 1983. No obstante, hay otros muchos lugares que en la normativa canónica vigente contemplan su vigencia, como el cn. 1553 actual, que refiere el criterio objetivo material, es decir, la naturaleza del negocio, para determinar una competencia exclusiva de la Iglesia, como derecho propio y exclusivo, aunque indirecto, para juzgar las causas temporales que están unidas de manera inexcindible a las espirituales, como puso de manifiesto Guido Cooman, porque siguiendo al Vaticano II, en la *Gaudium et Spes*, nº 76, en los ámbitos que son propios, la Iglesia y el Estado son independientes el uno del otro, y autónomos, lo que ya había defendido reiteradamente Jean Gaudemet, en sus reflexiones sobre el libro I del nuevo Código.

19 Después de presentar las conclusiones de Steinwenter, Beck, Busfk y Vismara, para quien los obispos en la *audientia* actúan como jueces de paz, más bien de carácter administrativo, con la incógnita, no resuelta, del contenido de la *lex* cristiana que aplicaban, y si tenía carácter obligatorio para los cristianos, el tener que acudir a la jurisdicción episcopal, para resolver sus cuestiones civiles, e insertando un listado bibliográfico muy amplio. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., o. c., 322-323 y notas.

futuro», cuyo punto tercero se expresa en estos términos: «Continuar las investigaciones sobre la *episcopalis audientia* hasta llegar a resultados satisfactorios, que nos permitan precisar lo que pudo haber influido en el Derecho romano»²⁰.

1. RECEPCIÓN

Cada vez se abre paso con mayor fuerza la perspectiva de comparar el Derecho romano con las instituciones jurídicas contemporáneas, máxime por los proyectos legislativos de los estados europeos que tienden a la unificación jurídica, basándose en el patrimonio común que significa la tradición romanística²¹.

²⁰ Otros cometidos a investigar con mayor profundidad, consistirán en puntualizar la gestación del derecho eclesiástico en los primeros siglos de la Iglesia, así como estudiar en profundidad los textos de los Santos Padres, para extraer las normas jurídicas fundamentales que encierran, sin olvidar el estudio de las doctrinas filosóficas estoicas, a fin de discriminar el influjo del cristianismo, y analizar el problema desde la perspectiva contraria: influencia del Derecho romano en el cristianismo. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., 332. En el desiderátum del antiguo catedrático de la Complutense, deben citarse los estudios de VOLTERRA, E., *Rec. a la Episcopalis audientia de G. Vismara*, in: SDHI, 13 (1946) 353-367; GAUDEMET, J., *La législation religieuse de Constantin*, in: RH de Droit français et étranger, 33 (1947) 25-61; MARTÍN SÁNCHEZ, I., Funciones civiles de los obispos en la legislación de Justiniano, in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 14 (1970) 333-358; CUENA BOY, F. J., *La Episcopalis Audientia*. La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos, Valladolid: 1985; id., Antonio Agustín y algunas fuentes relativas a la *Episcopalis Audientia*, in: SDHI, 53 (1987) 771-787; id., Interpretación de algunas leyes relativas a la *Episcopalis audientia* en el memorial antirregalista del cardenal Belluga, en Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. III, Madrid 1988, pp. 251-256; id., De nuevo sobre la *episcopalis audientia*: a propósito del libro reciente de la profesora Cimma, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 16. Dedicado en homenaje al profesor J. A. Arias Bonet (1990), pp. 45-58; SELB, W., *Episcopalis audientia von der Zeit Konstantins bis zur Nov. XXXV Valentinians III*, in: ZSS für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 84 (1967) 162-217; CIMMA, M. R., *L'Episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino: 1989; VISMARA, G., *La giurisdizione civile dei vescovi (sec. I-IX)*, Milano: 1995; CREMADES UGARTE, I., Derecho romano, comunidad cristiana y *episcopalis audientia*, in: Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de Derecho romano y tradición romanística, 8 (1996) 99-138; MAYMÓ I CAPDEVILA, P., *La episcopalis audientia durante la dinastía teodosiana*. Ensayo sobre el poder jurídico del obispo en la sociedad tardorromana, in: TEJA, R. y PÉREZ, C. (coords.), Actas del congreso internacional 'La Hispania de Teodosio', vol. 1, Salamanca: 1997, 165-170; RINOLFI, C. M. A., *Episcopalis audientia e arbitratore*, in: Diritto e Storia, 9 (2009). Extracto.

²¹ Cf. TORRENT, A., Derecho romano, Derecho comparado y unificación jurídica europea, in: SDHI, 76 (2010) 593-670. Recordaba Juan Iglesias, que «caído el Imperio, lo jurídico de Roma permanece agazapado en los repliegues del latín, trasmudado en romance. Y así se opera la doble recepción del Derecho romano», la del *Corpus Iuris* y la que se transmite con la lengua, receptáculo de la cultura. Reconocimiento que el derecho romano es objeto de recepción como derecho común de los territorios europeos, y sigue vivo especialmente en los pueblos de tradición romanista, más que en otros, como vemos en los significados de las mismas palabras de *proprietas*, *servitus*, *obligatio*, *contractus*, *successio*, acuñadas en Roma, para concluir: «En el Derecho romano está el venero de lo que hoy tenemos por Derecho, con sus raíces, sus conceptos, sus categorías, sus esquemas y clasificaciones», de modo que «Roma es la madre del derecho, y no podemos vivir desmadrados», aunque es preciso «saber empalmar nuestro sentir jurídico con

Para este objetivo es preciso hablar de una recepción del Derecho romano como soporte fundamental de la cultura jurídica europea, continental e insular de las islas británicas²².

Señalaba Ursicino Álvarez²³, que es un tópico en los estudios históricos, «la afirmación de que no existe en toda la Historia Universal fenómeno más sorprendente ni admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas, fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia, incluso ante corrientes culturales muy diferentes a las de Roma, y en circunstancias sociales muy alejadas del pueblo que las creó.

El fenómeno de su supervivencia no puede menos de admirar y sorprender, por lo que despierta el interés de los investigadores, para analizar y comprender las circunstancias que determinaron la pervivencia del Derecho romano en los diferentes pueblos, y han explicado las líneas generales de la recepción²⁴.

La expresión «Recepción del Derecho romano» no ha sido unívocamente interpretada por la doctrina llegando a ser incluso cuestionada por algunos autores, además de venir utilizada con alcance muy distinto, al examinar su vigencia en los países donde se constata fehacientemente la presencia del derecho romano, con independencia del grado de influjo, momento de aparición y presencia en el tiempo. El teólogo dominico del Vaticano II, Yves M^a Congar, afirmaba que «la reception a souffert d'avoir esté construite comme une théorie juridique», y Routhier constató que es un concepto utilizado en las diversas disciplinas científicas, y no exclusiva del ámbito jurídico.

sus eguras raíces romanas». IGLESIAS, J., Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno, 2^a ed. rev. y ampl., Madrid: 1985, 62-65. Vid. *Acta congressus iuridici internacionales: VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Justiniano promulgatis, Romae 12-17 novembris 1934*, 4 vols., Roma: PIUI, 1935-1937; NICOLINI, U., *Diritto romano e Diritto canonico: elementi fondamentali della civiltà europea*, in: Jus, 25.1 (1978), separata, 31 pp.; GAUDEMETT, J., *Droit canonique et droit romain: a propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage (C. XXIX, q. 1)*, in: Studia Gratiana, 9 (1966) 47-64; CASSOLA, O., *La recezione del Diritto civile nel Diritto canonico*, 2^a ed., Roma: 1969; ASSAF, A., *Il 'compendio della legge': il Codice civile dei Maroniti: studio e ricerca delle fonti del Diritto cristiano orientale, musulmano e romano*, Roma: 2000. Presentan una síntesis del papel integrador de la normativa romano-canónica en el derecho continental europeo, AGUILAR ROS, P. – HERRERA BRAVO, R., *Derecho romano y Derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada: 1994, especialmente págs. 35-151.

22 Vid. *The Roman law tradition*, Cambridge: 1994; RODRÍGUEZ ENNES, L., La recepción del Derecho romano en Inglaterra, in: I Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Granada, 1995, 239-246. Sobre la recepción del Derecho romano en la principal codificación española de la Edad Media, vid. por todos PÉREZ MARTÍN, A., Fuentes romanas en Las Partidas, in: *Glossa. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 4 (1992) 215-246.

23 ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid 1944, 5-17.

24 Cf. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., o. c., 7-8.

Señala Camacho Evangelista²⁵ que se denomina «Recepción» a un fenómeno jurídico que se inicia en el siglo XI, a partir de la Universidad de Bolonia, por el que el Derecho romano llega, nuevamente, a los distintos países europeos, y con un desusado rigor académico para la época, trata de sustituir paulatinamente, o mejor, perfeccionar, el Derecho tradicional de cada pueblo²⁶.

Koschaker, en su conocida obra *Europa y el Derecho romano*²⁷, no duda en afirmar que «el siglo XV y el XVI representan no solo para Alemania, sí que también para otros países, la época de la recepción práctica, esto es, un período en que el Derecho romano recibe práctica aplicación», y añade: «tal vez el lector espere que aprovechemos la ocasión que ahora se ofrece, para examinar el problema de la recepción. Anticipo que tal esperanza va a quedar defraudada»²⁸.

25 CAMACHO EVANGELISTA, F., *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa*, Granada 1994, 413-441.

26 Es una *communis opinio*, que la primera colección de cánones de la Iglesia, obra del monje Graciano, hacia 1140, y de carácter privado, se asienta sobre el Derecho romano del renacimiento jurídico, a partir de Imerio y sus cuatro discípulos, que dan origen a la escuela de los glosadores. Ello no ha impedido para que un estudioso norteamericano, nominado Winroth, haya afirmado que: 1. La enseñanza de Imerio es un mito, que no merece credibilidad alguna, el cual ha sido difundido por los historiadores del derecho. 2. La enseñanza en Bolonia comenzó con Búlgaro, alrededor de 1140, es decir, en el momento en que Graciano explicaba cursos de Derecho canónico a sus discípulos y 3. Existían entonces escuelas de Derecho en otras ciudades europeas, como Marsella, y la ciencia del Derecho estaba ya expandida en toda Europa, no solo en el sur del Continente. Este estudioso de Norteamérica llega a la conclusión de que el Derecho romano, inicialmente, ha sido como una especie de criada del Derecho canónico, ya que salvo en Bolonia, en el resto de lugares fueron suficientes, para los estudiantes de Cánones, unas nociones elementales de Derecho romano, para acceder a la comprensión de la normativa de la Iglesia. A pesar de esta crítica totalmente infundada, sobre la que André Gouron ha demostrado su inconsistencia, apoyándose en las investigaciones de Ennio Cortese y otros estudiosos de este período, como Dolezalek, Kantorowicz o Wolfgang Nörr, entre otros, hoy se admite por la generalidad de juristas e historiadores del Derecho que la enseñanza del Derecho romano comenzó en Bolonia, y quizás también en otras ciudades antes de que Graciano llevara a cabo la primera redacción del Decreto hacia 1140, puesto que las tres primeras décadas de la centuria había ya juristas letrados en Montpellier, Béziers y Narbonne, es decir, en el Midi francés. Entiende Gouron que la imagen del Derecho romano convertido en sirvienta del Derecho canónico no está justificada, porque lo único asumible, siguiendo a Kuttner, es que ambos conjuntos normativos, romano y canónico, se interrelacionan, y son más frecuentes las prestaciones que realiza el primero al segundo, especialmente en materia de contratos, testamento, tutela y, sobre todo, el proceso. Hay prestaciones recíprocas, pero en ningún caso una sumisión de uno a otro Derecho, como vemos en la cita de la que se hace eco una decretal del Papa Lucio III, remitiendo a la Novela 83, porque «*leges et canones mutuas sibi vices reponunt*». No se pueda olvidar, como pudo de manifiesto Víctor Reina, que si se plantea la pervivencia de elementos romanos en la legislación canónica, en el estricto plano del Derecho canónico, se trata de una cuestión aún pendiente de dar por concluida, aunque este punto solamente interesa desde el punto de vista evolutivo, con interferencias mutuas intensas en los siglos XII al XIV, porque los orígenes e influencias romanas de la normativa canónica ha de considerarse también en la perspectiva del Derecho canónico, que tiene por finalidad servir a la Iglesia para cumplir su misión salvífica.

27 KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid. 1955, 193.

28 No obstante, añade: «Indudablemente que la recepción es la causa de que en Alemania y en otros países se mantenga el estudio del Derecho romano en... las Universidades... no es su causa exclusiva, y nos atrevemos a decir que ni siquiera la más importante».

Wieacker parte de una premisa, según la cual la recepción es un concepto fundamental en la Historia general, porque se trata de un caso de intercambio cultural en el que estriba la perduración de la civilización humana, aportando continuidad a la misma²⁹.

Por ello, la recepción jurídica es un supuesto especial de ese fenómeno, y consiste en «la admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico ‘extraño’, por ej. extranjero o extinguido, por un pueblo, sin haber sido éste sometido o dominado por otro», de modo que la comunidad jurídica que acepta es sujeto y no objeto de la recepción, asimi-lando el derecho extraño en cuanto lo hace parte integrante de su propia vida y pensamiento.

Como señaló Calonge Matellanes, la mayor parte de la doctrina ha identificado por «recepción» el fenómeno singular que consiste en la aceptación sin violencia, es decir, una aceptación voluntaria y consciente, de todo o parte del ordenamiento jurídico de otro pueblo o nación diferente³⁰.

Díaz Biale³¹, después de constatar en un primer momento que la «recepción» también se produjo en la República Argentina, sin embargo al revisar su planteamiento algunos años más tarde, como señala Argüello, propuso la sustitución del término «recepción» por el de «transfusión», para designar con el mismo «el proceso del paso del Derecho romano al derecho medieval y de éste al derecho intermedio anterior a la codificación»³².

29 WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de F. Fernández Jardón, Madrid: 1957, 89-92.

30 CALONGE MATELLANES, A., *La Recepción del Derecho romano*, in: I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. Granada: Actas, 1992, 4. Marcela Casal estudia la recepción del Derecho extranjero como argumento para resolver un conflicto concreto en el seno de una comunidad, distinguiendo que la norma foránea sea llamada a venir aplicada en virtud de la regla prevista en el Derecho Internacional privado, que es un ámbito ajeno al que nos ocupa, y el caso en el cual un juez se encuentra por varias interpretaciones de la norma, y para seleccionar la apropiada con fundamento acude a un derecho extranjero, para interpretar y aplicar el derecho propio. CASAL, P. M., *Recepción del Derecho extranjero como argumento. Derecho comparado*, Belgrano: 1997, 33-40.

31 Vid. por todos, DÍAZ BIALET, A., *La recepción del Derecho romano en la Argentina*, Córdoba: 2000.

32 Este romanista argentino distingue en la recepción cuatro períodos, señalando que el primer ciclo se inicia con la etapa colonial y llega hasta la fundación de la Universidad de Córdoba en 1614, durante el cual «el derecho romano está implícito en su aporte a la legislación canónica, a la de Indias y a la castellana, aplicables en todos los dominios de Castilla. Las Partidas de Alfonso el Sabio fue el ordenamiento legal de mayor difusión, y su glosa, debida a Gregorio López, su principal medio de propagación». El segundo período llega hasta 1791, mientras el tercero abarca hasta el año 1834, creación de la cátedra de Instituta en la República Argentina, y la cuarta hasta 1869, en cuyo año se sancionó el Código civil de Dalmacio Vélez Sársfield, concluyendo Rodolfo Argüello, en su exposición, que «si códigos (comenzando por el napoleónico), leyes y obras de doctrina sirvieron de fuentes al Código Civil, la primera de ellas fue, sin lugar a dudas, el Derecho romano, que inspira a la mayor parte de las legislaciones modernas en materia de derecho privado». Cf. ARGÜELLO, L. R., *Manual de Derecho romano. Historia e instituciones*, 2ª ed. corr., Buenos Aires: 1981, 121-122. Este planteamiento, defendido asimismo por Agustín Díez Biale, es asumido por los romanistas argentinos de nuestros días, como los doctores Caramés Ferro, Solimano,

Laura Solidoro³³, por su parte, define el fenómeno citado de la recepción como «volontaria appropriazione, da parte di un popolo, di parti di un ordinamento giuridico straniero», aplicándose en sentido estricto desde la Edad Media en los diferentes países de Europa³⁴.

En este mismo sentido, matiza restrictivamente Sirvent Gutiérrez³⁵ que «se conoce con el nombre de recepción del derecho común, romano-canónico, el proceso histórico por cuyo medio los distintos países de la Europa occidental asimilaron durante los siglos XII al XV la ciencia jurídica de los juristas medievales, a partir de ambos *Corpus Iuris*»³⁶.

Este fenómeno de la recepción en Europa implicó la sustitución de los derechos germánicos, esencialmente consuetudinarios³⁷, por un sistema más elaborado, más adecuado a las exigencias económicas y sociales apoyándose en el Derecho común³⁸, «en el cual sintetizan el Derecho canónico, el Derecho romano y el Derecho feudal»³⁹.

Nespral o García Neto. Vid. por todos, GARCÍA NETTO, I.; AMANS, C. V., *Derecho Romano*, Buenos Aires: 2001, 115-117; NESPRAL, B., *El Derecho Romano en el siglo XXI. Historia e Instituciones. Su vigencia en las legislaciones modernas*, Mendoza (Argentina): 2002, 149-150.

33 SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel Diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni*, Torino: 2001, 95.

34 SOLIDORO MARUOTTI, L., op. cit., 103-129, en las que traza una síntesis de la recepción en Italia, Francia, España, Portugal, Alemania, Países escandinavos, Holanda, y Europa Oriental.

35 SIRVENT GUTIÉRREZ, C., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México: 2005, 34-36.

36 Vid. Merrymann, en su conocida obra intitulada *La tradición jurídica romano-canónica*, traducida reiteradamente en lengua castellana, (México: 1971, trad. de C. Sierra; México: 1979; 2ª ed. corr., trad. de E. L. Suárez, México: 1989).

37 Cf. CARVALE, M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna: 1994.

38 Caravale recuerda la necesidad de adaptar la norma vigente a las necesidades que iba presentando la sociedad bajomedieval. El *Ius commune* consistía en la inextinguible unidad de normas justinianeas y de su interpretación creativa producida por la ciencia jurídica, enriquecida a través de la aportación que originaba la reflexión doctrinal sobre los textos de la canonística, de donde provenía el derecho entonces vigente, en consonancia con la tesis de Kantorowicz. Se trató de un derecho vigente para todos los sujetos, prescindiendo de su pertenencia a un territorio particular o a un reino peninsular. Un derecho universalmente reconocido como dotado de autoridad, legitimada por múltiples argumentos, el cual no podría inaplicarse más que excepcionalmente, pero nunca abrogarse. Era un derecho omnicompreensivo, al que se remitían todos los derechos particulares, y en el que se encontraban las categorías teóricas generales. Vid. CARVALE, M., *Alle origini del Diritto europeo. Ius Commune, Droit Commun, Common Law nella doctrina giuridica della prima età moderna*, Bologna: 2005, 61-62.

39 Esta autora recuerda que la penetración del Derecho común en los reinos no siempre fue pacífica, ya que la recepción del derecho común significó en todos los casos la lucha entre un derecho nuevo y el viejo derecho tradicional de cada país, añadiendo que en Europa la recepción no siempre fue favorable, y en ocasiones se verificó de manera repentina, mientras en otras seguía un proceso gradual, de lenta infiltración; en Italia, donde se impuso de manera rápida y decisiva; en Francia se produjo la división en las dos regiones, norte y sur; en Inglaterra solamente, según su criterio, «se puede hablar de influencia»; en Alemania se impuso tajantemente pero tardamente en el siglo XV, mientras en España hubo resistencia general en los primeros tiempos, con especial significación en los medios rurales y nobiliarios. Cf. SIRVENT GUTIÉRREZ, C., o. c., 36-45.

En un plano general, podemos afirmar que la ciencia jurídica europea, al estudiar la recepción del Derecho romano desde el siglo XIX, ha puesto especial atención en la experiencia germana de finales del siglo XV y centuria posterior⁴⁰, en cuanto se produjo con la misma un proceso radical de modernización y notoria mejora de la calidad científica de su derecho, pasándose de sistemas jurídicos carentes de coherencia teórica, en cuanto fundados en la costumbre, a un sistema unitario, asentado sobre el Derecho romano, dotado de una estructura teórica rigurosa⁴¹.

Un segundo elemento del fenómeno referido de la recepción se circunscribe al contenido u objeto de la misma, ya que por Derecho romano no se entiende el correspondiente al período clásico de aquel Ordenamiento, pero tampoco es el simplemente Derecho justiniano elaborado por la doctrina medieval⁴², sino que es el resultado de la fusión del mismo con otros elementos fundamentales, entre los cuales ocupa un lugar privilegiado el Derecho canónico⁴³, pero también se incrementa con normas estatutarias, derecho consuetudinario y prácticas judiciales, sin olvidar usos comerciales.

Un tercer elemento se refiere a los factores determinantes de su aparición. En este sentido, Armando Torrent⁴⁴ enuncia los siguientes: en primer lugar, la formación cultural de los operadores jurídicos recibida en las Universidades; en segundo lugar, razones políticas, que favorecían la idea de Imperio y las tendencias absolutistas de los Estados; en tercer lugar, razones de carácter técnico, dada su frecuente utilización en los tribunales seculares y eclesiásticos; en cuarto lugar, factores económicos, que exigían reglas por las que se rigiera el complejo sistema de actividades comerciales y bancarias.

Fernando Betancourt también se ha ocupado de la Recepción del Derecho romano, al examinar su posible aplicación a la historia jurídica de la Edad

40 Cf. por todos, SCHMIDT, C. A., *Die Reception des römischen Rechts in Deutschland*, Rostock: 1868; STEIN, P., *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. de la 1ª ed. alemana de 1996, Madrid: 2001, 124-130; id., *Le droit Romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, 2ª ed., Bruxelles: 2004, cap. 4: «La réception du droit Romain... 8. La réception du droit romain en Allemagne», donde sostiene: «La France avait adopté très tôt la procédure romano-canonique et incorporé catégories et termes romains dans les coutumes codifiées, si bien que la majeure partie du droit romain avait graduellement impregné tout le droit français. L'Allemagne, au contraire, était longtemps restée libre de toute influence du droit romain... Il fallut attendre la fin du XV^e siècle...».

41 Cf. WIEACKER, F., op. cit., 93.

42 Cf. CANNATA, C. A., *Histoire de la jurisprudence européenne. I. La jurisprudence romaine*, Torino: 2004, 3-7.

43 Sobre la relación del primitivo Derecho de la Iglesia con el Derecho romano del Bajo Imperio, vid. PADOA-SCHIOPPA, A., *Il Diritto nella Storia d'Europa. Il medioevo*, parte prima, Milano: 1995, 24-40.

44 TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, Madrid: 2007, 208-239.

Moderna en su país de origen⁴⁵. Después de valorar las principales opiniones formuladas sobre la materia, prefiere utilizar una terminología empleada por Torrent Ruiz⁴⁶, y habla de «proyección»⁴⁷, para referirse a su aplicación en el Continente Iberoamericano, de modo que insiste en una contraposición entre «el estudio del Derecho Romano y su recepción en Europa», propio de los juristas europeos, frente al «Derecho Romano y su proyección en América a partir de las Primeras Pragmáticas reales, que desde el siglo XVI proyectaban el Derecho de Castilla con honda raíz romanista», que identifica el análisis en el Nuevo Mundo, matizando que «con anterioridad al siglo XIX pensamos sólo en el Derecho Romano proyectado a través de la Legislación de Indias»⁴⁸.

Quizás se olvida un aspecto fundamental: la presencia viva y operante del *Utrumque ius* o *Ius Commune* bajo medieval en cuanto derecho vigente⁴⁹, aunque no provenga de la elaboración propia de juristas del Continente Ame-

45 BETANCOURT-SERNA, F., Sobre la recepción del Derecho Romano en Colombia (saec. XVII-XVIII), in: Estudios jurídicos *in memoriam* del profesor Alfredo Calonge, vol. 1, Salamanca: 2002, 74-76; id., La recepción del Derecho romano en Colombia (saec. XVIII). Fuentes codicológicas-Jurídicas I: Ms. nº 274 BNC, Sevilla: 2007, 88 y ss.

46 Cf. TORRENT RUIZ, A., Presentación, in: La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Madrid: 2001, 7. Entendemos que, en el párrafo que se cita, el romanista español se sirve del mismo vocablo «proyección» en dos ocasiones, pero sin darle ningún significado técnico.

47 Este estudioso reconoce que se vienen utilizando otros sinónimos, como «penetración» o «influencia», con el mismo enfoque de servir para enmarcar una realidad muy diferente en aquellas tierras de la Corona española. a pesar de ser, desde nuestro punto de vista, se trata de una terminología poco jurídica, muy imprecisa, y de contornos muy indefinidos, aunque se justifique por su flexibilidad. En este sentido parece más apropiada la expresión «tradición romanista», que está acuñada suficientemente por la doctrina y ha merecido una aceptación general, para explicar la pervivencia de la normativa romana después de la desaparición del Impero Romano de Occidente. Recientemente se ha definido como tal fenómeno «el conjunto de ideas, esquemas, nociones, normas jurídicas, que en el mundo tardo-medieval y moderno, resultan derivadas del Derecho romano, en particular de las formuladas en la Compilación de Justiniano». AMARELLI, F. *et al*, *Storia del Diritto romano, a cura di A. Schiavone*, 2ª ed., Torino: 2001, 291 y ss. Vid. SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel Diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino: 2003, 1-17. Una tradición jurídica no consiste en un conjunto de normas jurídicas relativas a institutos particulares, incluso si comporta un aparato normativo, sino que es un conjunto de planteamientos bien arraigados acerca de la naturaleza del derecho, sobre el papel que éste desempeña en la sociedad y organización política, sobre el funcionamiento del sistema jurídico, y sobre el modo cómo debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho vigente, por lo que la tradición jurídica une el sistema jurídico, como conjunto operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas, con la cultura de la que es una manifestación parcial. Cf. MERRYMAN, J. H., *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law*, Milano: 1973, pp. 7-9; CAVANNA, A., *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol.1, rist. inalt., Milano: 1982, 381-442. El análisis de «la recezione del Diritto comune nei territori germanici», *ibid.*, 443-474.

48 BETANCOURT-SERNA, F., o. c., 92.

49 Por lo que se refiere a la cultura jurídica europea, vid. GENZMER, E., *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*, in: *Conferenze romanistiche*, Milano: 1960, 113-177; COING, H., Derecho privado europeo, vol. 1. Derecho común más antiguo (1500-1800); vol. 2: El siglo XIX, Trad. y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid: 1996; WESENER, G.; WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid: 1998.

ricano en aquellas centurias, a través del Ordenamiento de Alcalá, y sobre todo del Código alfonsino de las Siete Partidas, que es un texto con bases profundas en el Derecho romano justiniano⁵⁰, ya que fue regla vigente en aquellos territorios descubiertos a finales del siglo XV, y que permanecieron vinculados a la metrópoli hispana y portuguesa hasta los inicios del siglo XIX⁵¹.

Por lo que concierne a la supervivencia del Derecho romano en Europa, después de la invasión del Imperio de Occidente por los pueblos bárbaros a finales del siglo V⁵², Juan Miquel⁵³ puso el énfasis en el asombro que produce el

50 Cf. PÉREZ MARTÍN, A., Las Siete Partidas, obra cumbre del Derecho común en España, in: *Le droit común et l'Europe*. El Derecho Común y Europa. Jornadas internacionales de Historia del Derecho de El Escorial, actas. El Escorial, 3-6 de junio de 1999, Dykinson: 2000, 212ss. Afirma Paolo Grossi: «En España... brilla en Castilla, en la segunda mitad del XIII... Las Siete Partidas; la singularidad radica en el hecho de que su contenido es Derecho común y no Derecho de Castilla, es directamente *ius canonicum* y *ius civile* traducido, Derecho común vertido y adaptado, es decir, obra de doctores y de contenido exquisitamente doctrinal». GROSSI, P., El orden jurídico medieval, Madrid: 1996, 143. Para este historiador italiano, «el Derecho común se encarna y se identifica con la *interpretatio*», lo cual significa dos cosas: «tiene una dimensión sustancialmente científica, es producto de la ciencia», y que lo elabora con auxilio de un texto autorizado, de modo que tiene dos momentos: el momento de validez, representado por el *Corpus Iuris, civilis y canonici*, y el momento de efectividad, representado por la construcción doctrinal, que se complementa de forma secundaria con la aportación judicial y notarial. GROSSI, P., op. cit., p. 225. Vid. LABRUNA, L., *Ius europaeum commune. Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in: *Matrici romanistiche del Diritto attuale, a cura di F. Salerno*, Napoli: 1999, 4-20.

51 Sirvan como testimonio las palabras de los juristas mejicanos Bravo González y Bravo Valdés, quienes tratando de «la influencia» del Derecho romano en su derecho positivo, no dudan en sostener: «las Siete Partidas dejaron sentir la influencia del Derecho Romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas leyes... Algunos preceptos que aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración de origen romano. Después de la Independencia (el 11 de agosto de 2010 se celebró el segundo centenario de la misma) se siguieron aplicando en México las leyes españolas y las Siete Partidas fueron el texto principal de las leyes en vigor hasta la promulgación del Código Civil de 1870...». Vid. BRAVO GONZÁLEZ, A. – BRAVO VALDÉS, B., Derecho romano. Primer curso, 18ª ed., México: 2001, 102-103. Cf. SIRVENT GUTIÉRREZ, C., o. c., 55; VENTURA SILVA, S., Derecho romano. Curso de Derecho privado, 17ª ed., México: 2001, 55.

52 Aunque se ha debatido ampliamente entre los investigadores del Derecho Alto-Medieval, hoy es una *communis opinio* que durante la Alta Edad Media se mantuvo vivo el Derecho romano del período posclásico, fundamentalmente en la práctica y en el derecho consuetudinario. Rouche, ante la pregunta, si el Derecho romano es eterno, no duda en responder: la nota característica es la reviviscencia, de modo que entre el siglo V y el XI pasa por diversas situaciones, continuidad y discontinuidad, evolución e innovación, rechazo y aceptación por los pueblos germánicos invasores, lo que demuestra una enorme capacidad de adaptación frente al derecho propio de los bárbaros y su visión del mismo. ROUCHE, M., *Conclusions*, in: *Traditio iuris. Permanence et/ou discontinuité du droit Romain durant le Haut Moyen âge. Textes réunis para A. Dubreucq et Ch. Lauranson-Rosaz*, Lyon: 2005, 407. Además, durante ese período se promulgaron codificaciones redactadas para los pueblos que había formado parte de aquella comunidad política invadida, como fue la *Lex Romana Visigothorum*, o la *Lex Romana Burgundiorum*, sin olvidar que la Iglesia asumió una parte de su normativa, especialmente la contenida en el Código de Teodosio II, para ir conformando su propio Derecho, aunque no alcanzará el nivel científico de gran desarrollo hasta la Baja Edad Media, pero se construye sobre las bases del Derecho romano justiniano. Vid. CANNATA, C. A., Historia de la ciencia jurídica europea. Trad. de L. Gutiérrez-Masson, Madrid: 1996, 130-141; STEIN, P., *Il diritto romano nella storia europea*, Milano: 2001, 47-53.

53 MIQUEL, J., Historia del Derecho romano, Barcelona: 1990, 157.

resurgimiento de un Derecho que se extinguió algunos siglos con anterioridad, ya que Roma como comunidad política concluyó en el Imperio de Occidente el año 476, y su Ordenamiento no se asumiría sino varios siglos más tarde, con el Renacimiento jurídico de finales del siglo XI⁵⁴, es decir, varias centurias después de su desaparición y de la extinción de la entidad política que lo había creado⁵⁵.

54 Una obra clásica en este punto de la significación del Derecho romano después de la caída de Roma, es la de Ihering: IHERING, R. von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. esp. e intr. de E. Príncipe, Madrid: 1885, 1-35, al afirmar: «con el Derecho romano sucedió lo mismo que con la civilización griega: no ejerció toda su influencia hasta después de haber desaparecido...». Giliberti recuerda que «le norme della tradizione romanistica furono considerate (en el siglo XIII) diritto comune, e cioè fonte sussidiaria, per regolare i rapporti non previsti espresamente; o quanto meno vennero utilizzate dai giudici come principi generali alla cui luce interpretare gli ordenamenti particolari» y añade: «un importante contributo all'attualizzazione del diritto romano fu operato dai maestri italiani del XIV secolo... la nuova scuola (los comentaristas) collegò il diritto romano alle consuetudini, agli statuti comunali, ed al diritto canonico... un lavoro importante per la formazione di principi generali di diritto europeo era fatto dai giudici con le loro decisioni, e dai più illustri avvocati con i loro pareri». GILIBERTI, G., *Elementi di Storia del Diritto romano*, 3ª ed., Torino: 2001, 16-17.

55 Es lugar común entre los especialistas del Derecho comparado incorporar un esquema de análisis a partir de la conformación de familias de ordenamientos jurídicos, comenzando por la que se denomina romano-germánica o del *civil law*, en contraposición al *common law*, con cuyo término se indica generalmente el grupo de sistemas jurídicos para cuya formación ha sido determinante el Derecho romano, y una de cuyas etapas más relevantes fue la del Renacimiento jurídico medieval y conformación del *Ius Commune*, manifestándose en los últimos siglos en un derecho codificado, tal como ocurre en la Europa continental, a cuyo modelo se adhirieron los países que fueron colonizados por los europeos y que tuvieron su fuerte influencia, no solo en América, sino también en África y Asia. Vid. DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5ª ed. ital., Padova: 2004; GAMBARO, A.; SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, in: SACCO, R. (dir.), *Trattato di Diritto comparato*, 2ª ed., Torino: 2002; MERRYMAN, J. H. et al., *The Civil Law tradition: Europe, latin America, and East Asia*, Charlot-tesville (Virginia): 1994; AA. VV., *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia: 1980; PORTALE, G. B., *Lezioni di Diritto privato comparato*, 2ª ed., Torino: 2007; LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma: 2000; PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Le fonti nel diritto comparato*, Torino: 2000; GUARNIERI, A., *Lineamenti di Diritto comparato*, 3ª ed., Milano: 2008, con remisión a la clasificación de René David, cuyas familias han sido asumidas por la globalidad de los compartistas como una especie de esquema básico indiscutible y punto de partida para las tareas del especialista en este ámbito de estudio, incluyendo la categoría de familia de los países socialistas, no obstante la caída del Telón de Acero en 1990; la familia romano-germánica se asienta en los territorios de la Europa Continental, países del Báltico y del Mediterráneo hasta los confines orientales del Sacro Romano Imperio. Se amplió progresivamente hacia el Este europeo, llegando a los Urales, y gracias a la expansión colonial y al prestigio cultural de los propios modelos, se ha difundido en Asia, África y América: *ibid.*, pp. 42-43; GALLO, P., *Introduzione al Diritto comparato. vol. 1. Grandi sistemi giuridici*, 2ª ed. riv. ed ampl., Torino: 2001; CAENEGEM, R. C. van, *I sistemi giuridici europei*, Bologna: 2002; FROMONT, M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 2ª ed., París: 1994; DIURNI, A.; HENRICH, D., *Percorsi europei di Diritto privato e comparato*, Milano: 2006, 8-9 y 31-38; FRANCHIS, F. de, *Il Diritto comparato dopo la riforma. Lezioni ed appunti di una ricerca per l'insegnamento*, Milano: 2006, 420-425, planteándose que las principales características de las dos grandes tradiciones jurídicas de la cultura occidental y del mundo moderno, *civil law* y *common law*, que tienen al Derecho Romano como base de formación, aunque una vía diferente fue seguida en las Islas Británicas, conectada con el derecho nacional anglosajón, de carácter local y jurisprudencial. La mejor síntesis de la tradición romanística como soporte de la nueva formulación jurídica del Derecho común europeo en materia contractual, *vid.* VATTIER, C. et al. (dir.), *Código europeo de contratos*. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), 2 vols. Comentarios en homenaje al Prof. D. J. L. de los Mozos y de los Mozos, Burgos: 2003, como explícita el profesor Vattier, al afirmar textualmente: «el Anteproyecto nos propone... una disciplina bien articulada

Bardach⁵⁶, después de estudiar la recepción como fenómeno general, consistente en la asimilación por una comunidad determinada de modelos culturales extranjeros, separando la noción de «recepción», que implica adaptación o recepción productiva, frente a la mera asunción tal cual del modelo, considera que la recepción del derecho tiene como elemento esencial su carácter racionalista, y abarca muy diversos ámbitos, así como atravesó diferentes etapas, bastantes bien definidas, sistematizando su alcance desde diversos puntos de vista:

1. Recepción *in complexu* y recepción parcial, siendo excepcional la primera.
2. Recepción *sensu stricto*, cuando el sistema del derecho adoptado reemplaza el derecho que estaba en vigor hasta ese momento, y *lato sensu*, cuando hay una coexistencia de instituciones y reglas, nuevas y antiguas, sea cual sea el origen de la recepción, legislativa o de la práctica.
3. Recepción forzosa y recepción voluntaria, acaeciendo la primera normalmente a resultas de una victoria político-militar, como ocurrió con Napoleón en diversos territorios europeos, mientras la recepción voluntaria suele ser selectiva, y por obra de la doctrina así como de los tribunales.
4. Recepción directa o indirecta, si procede inmediatamente del país que creó las normas, o por intermedio de otro.
5. Finalmente, cabe hablar de recepción constitucional o judicial, por el ámbito de aplicación, o de sistemas, instituciones, y prescripciones legales con inferior alcance, porque tendrán significación en el plano metodológico o terminológico, sin olvidar la recepción de las nociones jurídicas, con su adaptación para proporcionar soluciones materiales exigidas por la sociedad en la que se aplican⁵⁷.

En este enfoque, es evidente que la recepción del derecho es uno de los supuestos de asimilación de modelos extranjeros, que constituye un factor esencial en la historia de la civilización, variando en función de la época, y siendo resultado de necesidades concretas que deben resolverse, pudiendo servir para modificar, sustituir y completar el derecho vigente de un territorio que recibe esa normativa⁵⁸.

de todas las anomalías del contrato, que se asienta fundamentalmente en la tradición romanista...». Ibid., VATTIER FUENZALIDA, C., *Inexistencia y nulidad del contrato*, vol. 2, 554.

⁵⁶ BARDACH, J., *La réception dans l'histoire de l'état et du droit*, in: *Le Droit Romain et sa réception en Europe*, Varsovia: 1978, 27-69.

⁵⁷ La recepción de nociones jurídicas se conecta con la adaptación de doctrina, en lo cual hay una gran importancia a tenor de las afinidades ideológicas, políticas y de planteamiento económico, tal como se comprueba en el Medioevo, ya que los tres planos se superponen e integran.

⁵⁸ BARDACH, J., op. cit., 68-69.

Dos son los principales significados que la ciencia histórico-jurídica hispana ha atribuido al término «recepción», en relación con la presencia del Derecho romano en los ordenamientos hispanos bajomedievales y posteriormente hasta la codificación, distinguiendo entre recepción *de iure* y la *de facto*, tal como sostiene Antonio García, o acudiendo a la separación entre recepción política y recepción técnica, avanzada por el historiador Lalinde.

En opinión del Antonio García y García⁵⁹, al estudiar la recepción del Derecho común romano-canónico medieval en los ordenamientos civiles, es necesario verificar las normas explícitas de dichos ordenamientos por las que se regula, en teoría, dicha recepción, y la que realmente se produjo, independientemente de tales regulaciones normativas.

Como puso de manifiesto Alfredo Calonge⁶⁰, en la recepción *de iure* se admite oficialmente la vigencia del Derecho romano, aunque no sea más que como derecho supletorio, tal como vemos en los territorios hispánicos durante la baja Edad Media y comienzos de la Edad Moderna⁶¹, mientras que la recepción *de facto* tiene lugar a través de la interpretación y aplicación del Derecho⁶², como puede observarse actualmente en los países del *Common Law*, en los cuales los jueces, concedores del Derecho romano, lo utilizan en la interpretación y aplicación del Derecho, a través de sus sentencias⁶³.

59 GARCÍA Y GARCÍA, A., El Studium bononiense y la península Ibérica, in: Iglesia, Sociedad y Derecho, Salamanca: 1985, 62-63.

60 CALONGE MATELLANES, A., o. c., 4-5.

61 Sirvan como referencia para Cataluña, la disposición de D. Jaime I, en las Cortes de Barcelona de 1251, al establecer que no pudieran ser alegadas ni admitidas en el foro secular leyes romanas o godas ni decretales, y que solo se alegasen las disposiciones incluidas en los *Usatges* de Barcelona y en las costumbres aprobadas del lugar donde se incoare la causa, debiendo atenderse en defecto de esas disposiciones al sentido natural. Tal prohibición, recuerda Minguijón, era demasiado radical, y en las Cortes de Barcelona de 1599 se dio carácter de derecho supletorio al Derecho canónico, al romano y a las doctrinas de los doctores. Cf. MINGUIJÓN Y ADRIÁN, S., Historia del Derecho Español, 3ª ed. rev., Barcelona: 1943, 307-308.

62 Respecto del Reino de Valencia, en la Baja Edad Media se dispuso, por las Cortes celebradas en 1357-1358, que no se usasen en la administración de justicia leyes extrañas, ni decretales, y solo los fueros valencianos, en los que predominaba la influencia de las reglas jurídicas romanas, de modo que si no bastaba esa prelación de fuentes, se acudiera al criterio de los prohombres de la localidad donde se siguiera el pleito, señalando Minguijón, «la práctica fue introduciendo como derechos supletorios el canónico y el romano». Cf. MINGUIJÓN Y ADRIÁN, S., op. cit., 336.

63 Cf. CANNATA, C. A.; GAMBARO, A., *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea*, 4ª ed. II. *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino: 1989, 125-135. Recuerda Laura Solidoro que el Derecho romano fue aplicado también en parte de las islas británicas, dada la presencia de los ejércitos de Roma, pero incluso «in questi Paesi, il fenomeno del diritto comune è giunto o come importazione di diritto straniero, seguita o no da «recezione» ufficiale (cioè, come diritto dello Stato), o come imitazione, o come valore meramente ideale», para reiterar paladinamente que «l'influsso dell'esperienza giuridica romana non ha lasciato indenne neppure l'Inghilterra, la patria del *common law*». Vid. ZIMMERMANN, R., Europa y el Derecho romano. Trad. y estudio introd. de I. Cremades Ugarte, Madrid: 2009, 56-60; SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel Diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano*

Lalinde Abadía⁶⁴, por su parte, entiende que debe hablarse de recepción a título político, cuando una autoridad del territorio adopta en su conjunto un ordenamiento que les resulta extraño, de la que sería el mejor testimonio la asunción íntegra del Código civil suizo en Turquía⁶⁵, a diferencia de la recepción técnica que deriva de la calidad mayor del ordenamiento que se acepta, y no nace de un acto de autoridad⁶⁶.

En opinión del legionense Robleda⁶⁷, la vigencia del Derecho romano en Europa no dimana del poder que representaba el titular del Sacro Romano Imperio Germánico, ya que hubo naciones como España o Francia que no estuvieron integradas en el mismo y, a pesar de ello, tuvieron una fuerte recepción, pues si bien en Francia no tuvo intensidad en el Norte, en cambio fue profunda en el Midi⁶⁸.

d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni, o. c., 120-127. Además del influjo ejercido por el Derecho romano en el *common law* anglosajón, hay un ámbito muy particular en el que, junto al derecho canónico, la tradición romanística ha desplegado gran influencia, y es el terreno de la *equity*. Cf. LEGEAIS, R., *Les grands systèmes de Droit contemporains. Une approche comparative*, París: 2004.

64 LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona: 1970, 113ss.

65 El Código civil suizo es una creación del eminente jurista Eugen Huber, a quien se encomendó esa tarea por parte del Departamento de Justicia, y entró en vigor el 1 de enero de 1912. No tiene parte general para todo el código, formando un quinto libro el derecho de obligaciones. Ha servido para otros codificadores modernos, como China, antes de la etapa comunista, y Perú, pero fue la asamblea nacional turca la que tomó, en la revolución cultural que guió Kemal Atatürk en 1926, la decisión política de introducir el ZGB *in toto* como normativa vigente en el territorio de la República, a partir del texto auténtico francés (ya que contaba con tres versiones auténticas desde 1907: alemán, francés e italiano), lo que ha llevado, a pesar de las dificultades, a la laicización del derecho de aquel país, y a una situación que anteriormente no había ocurrido más que con el Code Civil francés de 1804. Cf. VARANO, V.; BARSOTTI, V., *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1. *Testi e materiali per un confronto civil law common law*, 2ª ed., Torino: 2004, 123-124 y 146. Este hecho es sorprendente, porque se trata de dos comunidades políticas muy diferentes por la lengua, la organización social, la tradición cultural, las creencias religiosas y el mundo de las ideas, y para su introducción no se consultó a la población, a pesar de lo cual se ha mantenido en vigor a lo largo del tiempo. Vid. RAINER, M., *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino: 2004, 161-162.

66 Con esta perspectiva, Lalinde niega que se pueda hablar de una Recepción parcial, ya que a su juicio sólo se puede aplicar el término Recepción, si se acepta de forma universal el ordenamiento, mientras que los supuestos que sólo recogen algunos principios o determinado número de instituciones, permiten hablar no de recepción sino de penetración o influjo. Este enfoque resulta, al menos discutible, puesto que si se trata de normas ajenas a una comunidad política, aunque sean singulares o fragmentarias, pero que se incorporan en las reglas aplicables, debe asumirse como una recepción, y no mero influjo o simple penetración, que jurídicamente carece de significado con contornos precisos.

67 ROBLEDA, O., *Introduzione allo Studio del Diritto privato romano*, 2ª ed., Roma: 1979, 17-19 y notas 24-27.

68 Fue a resultas de la publicación de la obra *Europa y el Derecho romano*, escrita por el alemán Paul Koschaker, quien sostuvo que Alemania recibió el Derecho romano no porque este ordenamiento fuera superior y más perfecto que el germánico, sino porque faltaba un derecho verdaderamente germánico que fuese común a todas las regiones históricas del territorio hasta finales del siglo XV, (cf. O. ROBLEDA, op. cit., 36-38), el momento en el que surgió la polémica doctrinal en Europa, dado que según este romanista alemán la recepción del Derecho romano se fundaba en la existencia del Sacro Romano Imperio, (KOSCHAKER, P., o. c., 139), lo cual históricamente no resulta convincente, dado que, como hemos señalado, no todos los territorios del Continente europeo estuvieron sometidos al Sacro Romano Imperio Germánico.

El verdadero fundamento de la recepción, desde su punto de vista, es la perfección del Derecho romano, ya que la normativa jurídica romana alcanzó los límites en que la perfección puede ser alcanzada por el pensamiento humano, porque considera que «l'ordinamento romano abbia costituito nel suo complesso il miglior sistema giuridico fra gli originari ordinamenti civili»⁶⁹, por lo cual, en palabras del jesuita: «certamente nessun altro diritto potè essere trovato più idoneo di quello romano a regolare da una parte e dall'altra, i sempre più complessi rapporti giuridici che nascevano da relazioni commerciali. Di qui la sua recezione», aunque el autor antes citado reconoce que otros estudiosos, como Dahm y Koschaker, entre otros, discrepan de su criterio y consideran que no fue «vera causa della recezione del Diritto romano in Germania la sua perfezione»⁷⁰.

Asumiendo el criterio formulado por el jesuita hispano y por Alfredo Calonge, la única verdadera recepción sería la técnica, nacida de la mayor perfección y desarrollo de un conjunto normativo⁷¹, toda vez que, en la imposición autoritaria o política, la base de la vigencia de unas normas no deriva de la propia calidad del Ordenamiento, sino de una decisión adoptada por la autoridad política, que toma la resolución de aceptar la aplicación de un Derecho extraño⁷².

69 ROBLEDA, O., *Ius privatum romanum*, vol. 1. *Introductio in studium iuris privati romani*, Roma: 1960, 24-40.

70 Sería suficiente recordar las palabras recientes de Hans Ankum, al señalar: «il punto culminante della cultura giuridica europea è la giurisprudenza romana classica», por lo que este romanista holandés entiende que la tarea propia de los especialistas debe consistir prioritariamente en «la lettura dei testi nel Digesto dei grandi giuristi romani da Labeone a Papiniano». ANKUM, H., *Tre osservazioni su Europa e diritto romano*, in: Index, 36 (2008) 49. Guido Astuti no dudaba en sostener, hace más de treinta años, que hubo una recepción teórica y práctica del Derecho romano en el inicio de la Baja Edad Media, y en ella la autoridad del Imperio fue una justificación más formal que sustancial de la posición asignada al ordenamiento de Roma, y aunque hubo fases en la evolución posterior hasta las codificaciones, el derecho romano justinianeo fue concebido como derecho común porque constituía un completo y orgánico sistema, además de ofrecer al intérprete un conjunto de principios generales, de cánones hermenéuticos, de criterios metodológicos y sistemáticos, que eran muy útiles para aplicar al resto de fuentes normativas, manteniendo esta función instrumental de cualquier país para la formación de los juristas, teóricos y prácticos. ASTUTI, G., *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico*, in: *Le Droit romain et sa reception en Europe*, Varsovia: 1978, 5-25.

71 Bérard, al tratar de la recepción del Derecho romano en Escocia, contempla una de las hipótesis que coincide con este planteamiento: «La adopción del derecho romano no fue el resultado de un acto legislativo, ni de un acto de autoridad política, ni tampoco vino derivada de un movimiento del pueblo. Fue un movimiento puramente intelectual de una nueva profesión de juristas, con el asentimiento tácito del pueblo, porque los abogados tenían un conocimiento profundo del derecho romano, y los tribunales apoyaban sus sentencias y dictámenes en los textos romanos, cuando se encontraban ante dificultades que no estaban previstas en las antiguas leyes de Escocia». BÉRARD, A., *Derecho romano en Escocia*, Barcelona: 2000, 139. Vid. HESPANHA, A. M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bolonia: 1999, 69-155; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano*, 3ª ed., Madrid: 2008, 124-134; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 4ª ed., Valencia: 2008, 121-133; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 11ª ed., Madrid: 2008, 255-346; FUENTE-SECA, P., *Lecciones de Historia del Derecho romano*, Salamanca: 1970, 211-218.

72 ROBLEDA, O., op. cit., 76, 199, 312-316. Vid., CASTELLO, C., *In memoriam Olis Robleda S. J.*, en SDHI, 47 (1981) 612.

En esta recepción por medio de los estudiosos, o la que se denomina de carácter técnico⁷³, es preciso recordar que todos los códigos españoles bajomedievales, el de las Siete Partidas, de Alfonso X, fue el texto normativo emblemático de la recepción del Derecho romano por excelencia, y el que presenta mayor influencia en el Derecho patrio, además de constatarse su vigencia en los territorios del Continente Americano, no solo en la comunidad iberoamericana, sino también en Luisiana, Puerto Rico y Filipinas, por ejemplo, pero de modo singular se constata su aplicación en Portugal, donde se hicieron traducciones fragmentarias de dicho Cuerpo legal, e incluso algunas de sus leyes se transcribieron, casi literalmente, en las Ordenações alfonsinas de 1446⁷⁴, pasando a los países colonizados por el reino peninsular vecino, singularmente Brasil.

Como puso de manifiesto Fuenteseca⁷⁵, «la única manera de comprender científicamente ciertos problemas de los derechos privados europeos consiste en el estudio del proceso evolutivo desde Roma hasta el presente. Los conceptos fundamentales del Derecho privado europeo únicamente pueden ser estudiados en su conformación histórica como dogmas jurídicos, es decir, como ideas que las concepciones jurídicas sucesivas desde Roma han ido haciendo cristalizar».

Dentro de las normas reguladoras, en Castilla, de la recepción «*de iure*» del Derecho romano, que Lalinde califica de recepción política, habría que citar al Ordenamiento de Alcalá de 1348⁷⁶; a las Cortes de Briviesca de 1387, que

73 Volterra ha insistido reiteradamente en la importancia que el Derecho romano, a través de sus instituciones y principios, ejerce sobre el Derecho moderno, de modo que su conocimiento es fundamental para la formación del jurista contemporáneo, admitiendo que es preciso eliminar algunas reglas y principios desconocidos para la jurisprudencia clásica de Roma, y tomar con mucha cautela el valor universal y absoluta de las decisiones y razonamiento de los jurisprudentes romanos, porque puede ocurrir que sus reglas no sean aplicables en una sociedad moderna. VOLTERRA, E., *Influences des institutions romaines sur les codes modernes*, in: *Le Droit romain et sa réception en Europe*, Varsovia: 1978, 267.

74 Cf. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M., Historia del Derecho Español, vol. 2, Madrid 1999, 756 y 865.

75 FUENTESECA DÍAZ, P., Lecciones de Historia e instituciones de Derecho romano, Salamanca: 1970, 10.

76 Título 28, ley 1: en primer lugar se aplicarían las disposiciones contenidas en este cuerpo legal; en su defecto, se aplicarían los fueros municipales, en las cosas en las que estuvieran en uso, y a falta de las reglas precedentes, habría de acudir a las Partidas, que según palabras del monarca, «fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, ni fueron avidas por Leys», con lo cual dispone que sean derecho supletorio para el futuro. Pérez Prendes ha señalado que la declaración de Alfonso XI no se ajusta a la verdad, porque en 1347 ya había recibido protestas por su aplicación, y quizás la reforma contenida en este cuerpo normativo venga inspirada, al menos en parte, por tales protestas. Cf. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M., o. c., 756. Este código alfonsino de las Partidas está fuertemente romanizado, y desde su publicación gozó de gran autoridad doctrinal, e influyó decisivamente en la práctica de los tribunales. *Ibid.*, pp. 745-755. Recuerda Escudero, citando la opinión de Asso y de Manuel, que esta prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá tuvo enorme trascendencia, no solo por reducir la jurisprudencia a un estado de igualdad y firmeza que hasta ese momento nunca antes tuvo, sino porque tuvo una dilatadísima vigencia, ya que se mantuvo aplicable, en cuanto recogida en las recopilaciones de la Edad Moderna, hasta la promulgación del Código Civil, a finales del siglo XIX. Cf. ESCUDERO, J. A., Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones, 2ª ed. rev., Madrid: 1995, 453.

autorizan la aplicación de «leyes, decretales y decretos»⁷⁷, es decir, del Derecho común romano-canónico, y a las Ordenanzas reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo, de 1484.

Una pragmática de Juan II, de 1427⁷⁸, dictada con finalidad estrictamente procesal, prohibió citar en juicio a glosadores y comentaristas, del Derecho civil y canónico, excepto a Bártolo de Saxoferrato y a Juan Andrés⁷⁹, aunque esta medida no tuvo mucha aplicación en la práctica, según criterio de los historiadores del Derecho hispanos. Este sería el motivo de la promulgación de las Ordenanzas de Madrid de 1499, en cuyo capítulo 37 se amplió la posible cita de comentaristas del *Ius Commune* al número de cuatro, ya que se incluyeron en ella a Baldo degli Ubaldi y a Nicolò dei Tudeschi⁸⁰.

Los problemas de la práctica dieron lugar a que esta materia se regulara de nuevo a principios del siglo XVI⁸¹, porque la ley primera de Toro, publicada el año 1505, modificó el sistema de fuentes, derogando lo dispuesto en la Ordenanza anterior, y afirmando entonces, el titular del poder político español, que la ampliación de los juristas del *Ius Commune*, con la que trataba de estorbar la prolijidad y muchedumbre de doctores, fue causa de mayor daño e inconveniente.

Resulta imposible, por la complejidad de la materia y su extensión examinar de manera global la amplia e intensa sobre las relaciones entre el Derecho romano y el canónico⁸², así como la influencia que este último ha ejercido sobre el ordenamiento secular, especialmente en algunos ordenamientos jurídicos civiles⁸³, como son los que conformamos la familia romano-germánica, enri-

77 Tratado III, cap. 10.

78 Vid. PÉREZ DE LA CANAL, M. A., La pragmática de Juan II de 8 de febrero de 1427, en AHDE, 26 (1956) 659-668.

79 Cf. PÉREZ DE LA CANAL, M. A., o. c., 667.

80 Cf. GARCÍA Y GARCÍA, A., o. c., 62.

81 El fenómeno de la recepción *de iure* hay que valorarlo desde la perspectiva enunciada por el religioso franciscano, ya que no se trató tanto de favorecer la aplicación del Derecho romano cuanto de defender la normativa autóctona, al ser consciente el poder político hispano de la mayor perfección técnica y elaboración normativa del *Ius Commune* frente a las disposiciones patrias de la Edad Media, es decir, un derecho culto frente a otros mucho menos cultos.

82 El antiguo catedrático de la Sorbonne, Jean Gaudemet, escribía a este respecto: «cet sujet est immense», para añadir que «Depuis près d'un millénaire (depuis le XII siècle) il intrigue romanistes et canonistes, soit a propos de questions particulières, soit des études qui se voulaient générales».

83 El catedrático de la Complutense, José Maldonado Fernández del Torco, ha resumido las contribuciones del Derecho canónico, al Derecho de Roma, en los siguientes apartados: a) aportación de un espíritu nuevo, acorde con la manera de vida propia de los cristianos; b) aportación de instituciones concretas; c) aportación de un refuerzo de autoridad; d) aportación de construcciones técnicas, como es la valoración intrínseca del derecho positivo al servicio de la idea de justicia, desarrollando las nociones de *aequitas* y *bona fides*, por señalar algunas muy relevantes; e) aportación al desarrollo de una rama del ordenamiento: el derecho matrimonial.

queciendo notoriamente el acervo común, a partir de la herencia romana⁸⁴, de modo que nos limitaremos, en estas páginas, al análisis de algunos aspectos de la recepción de la normativa romanística en la regulación jurídica de la Iglesia Católica Latina, incluyendo el moderno código publicado el 23 de enero de 1983, que es un punto de llegada de la recepción histórico-jurídica comenzada hace casi veinte siglos, puesto que es razonable preguntarse si después de la renovación pastoral de la Iglesia Católica Romana, inspirada por el Vaticano II, el derecho canónico abandonaría el sistema jurídico heredado del pasado y, consecuentemente, los conceptos romanos desaparecerían íntegramente en el nuevo Código.

Aunque la Iglesia sea protosacramento y misterio⁸⁵, formando una comunidad de fe, esperanza y caridad, no deja de ser una comunidad de seres humanos que, como dice la Constitución sobre la Iglesia *Lumen Gentium*, del Vaticano II, en sus números 1 y 7, está «*in hoc mundo ut societas constituta et ordinata*», por lo que no puede sustraerse al viejo principio «*ubi societas ibi ius*».

A pesar de que el conjunto normativo no es lo principal de su estructura, sino un instrumento al servicio de su naturaleza espiritual, ello no impide que desempeñe una función instrumental de notoria importancia, puesto que si deja de tener su propio derecho, tendrá que recurrir a un ordenamiento diferente, para llenar el vacío legal, como ocurría con la Iglesia primitiva, ya que al tener entonces una organización incipiente, debió servirse del extenso y muy elaborado Derecho civil romano, para regular la mayoría de aspectos concernientes a la vida de los cristianos en el seno de sus propias comunidades, a fin de examinarlo y ver si era compatible con los principios evangélicos. Esta situación se hizo tan acuciante, que solamente se acudía a la normativa canónica cuando había flagrante contradicción de la romana con la norma evangélica, a causa de su incompatibilidad con principios religiosos sustantivos, tales como

84 Además de la bibliografía referida anteriormente, vid. NICELLI, A., *Concordiae glossarum iuris civilis et canonici*, Mediolani: 1506; GOURON, A., *La science juridique française aux XI et XII siècles: diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien*, Mediolani: 1978; BRAGA DA CRUZ, G., *Il diritto sussidiario nella storia del Diritto portoghese: influenze del Diritto romano e della scienza romanista sul Diritto canonico e sui diritti nazionali fino alla fine del 15 secolo*, Mediolani: 1981; BRAS, G. le, *Droit romain et Droit canon au XIIIe siècle*, Roma: 1967; RICCOBONO, S., *Cristianesimo e Diritto privato*, in: Riv. Dir. Civ. 3 (1911) 37-70; ROBERTI – BUSSI – VISMARA, *Cristianesimo e Diritto romano*, Milano: 1935; IMBERT, J., *L'influence du Christianisme sur la législation des peuples francs et germains*, Spoleto: 1967; SALAZAR ARIAS, J. V., Dogmas y cánones de la Iglesia en el Derecho romano: apuntes históricos, Madrid: 1954; OSORIO DE MOSCOSO, A., Influencia de la Iglesia en el Derecho romano, Madrid: 1886; GAUTHIER, A., *Roman Law and its contribution to the development of Canon Law*, 2ª ed., Ottawa: 1996; GOTTSCHALK, G., *Über den Einfluss des römischen Rechts auf das kanonische Recht*, Mannheim: 1866, reimpr., Aalen, 2001.

85 Vid. CARDIA, C., *La Chiesa tra Storia e Diritto*, Torino: 2010, 1-61.

los que afectaban al matrimonio, además de otros que no los contemplaba el *Ius Romanum*⁸⁶.

En el número 16, del decreto del Vaticano II, intitulado *Optatam totius*, se recoge el eco de algunas críticas vertidas entonces contra la ciencia canónica, y se exhorta a que «en la exposición del Derecho canónico... se atienda al misterio de la Iglesia, según la Constitución dogmática *De Ecclesia*», aprobaba en el propio Concilio, mostrando con estas palabras un cierto antijuridicismo en la asamblea ecuménica respecto de la futura regulación normativa eclesial, quizás nacido de la servidumbre que el Derecho canónico ha prestado, en su larga evolución histórica, al Derecho romano, cuyo origen básico se fraguó en el paganismo.

Esto explica la redacción actual del cn. 1752, último del CIC vigente, de 1983, cuando dispone paladinamente: «*et prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet*».

2. CODIFICACIÓN

Previamente a entrar en el análisis de la presencia del Derecho romano en el vigente ordenamiento de la Iglesia, debemos formular algunos principios históricos relativos al fenómeno codificador, así como a otros aspectos de la pervivencia del influjo del Derecho romano en la anterior normativa canónica.

Es opinión generalizada entre los investigadores del Derecho, que el lazo inexcusable, y fundamento básico de actuación en la Iglesia Católica, que es la caridad, requiere normas sociales positivas, es decir, juridicidad, la cual encontró, a lo largo de la historia, diferentes formas de manifestarse y concretarse.

Es evidente que la normativa de la Iglesia Católica en el presente siglo se presenta bajo la forma de un código, conforme al motu proprio *Arduum sane munus* de 19 de marzo de 1904, en el que se indica como objetivo de la colección auténtica «*de Ecclesiae legibus in unum redigendis*», viniendo a sustituir las normas legales y consuetudinarias que hasta ese instante estaban en vigor.

A diferencia de los vigentes Códigos positivos de los Estados modernos, en el Código de Derecho Canónico se utiliza un esquema mixto, puesto que junto a aspectos característicos del derecho privado: personas y derecho patrimonial, hay otra normativa eminentemente de derecho público como es la parte de procesos y de delitos⁸⁷, así como aspectos de la organización institucional.

⁸⁶ Cf. MALDONADO, J., La significación histórica del Derecho canónico, in: *Ius Canonicum*, 9 (1969) 8-9.

⁸⁷ Cf. DÍAZ MORENO, J. M., Apuntes de Derecho Canónico, ICAI, Madrid s. a.: El Derecho canónico del 17 reproduce el esquema de Gayo, personas-cosas-acciones, añadiendo al final las penas, y al principio, las normas generales; ARENA, A. M., *Lezioni di Diritto processuale comparato*, Roma: 1975, 15-20.

Previamente al análisis de la presencia del Derecho romano en el ordenamiento de la Iglesia, debemos recordar algunos principios relativos al fenómeno codificador⁸⁸, así como a otros aspectos de la pervivencia del influjo de la normativa romana en la canónica, anterior al CIC de 1983.

La codificación, o lo que es lo mismo, el fenómeno de reducción a una unidad orgánica de todas las reglas vigentes en un país o de una «sociedad perfecta en su género», en un momento dado, a través de la publicación de códigos que reúnen el derecho en su globalidad del Estado o de la sociedad de que se trate, se debe a múltiples causas, de las cuales podemos señalar como más significativas tres:

1. La necesidad de ordenar, simplificar y permitir el conocimiento de múltiples disposiciones aplicables, fundamentalmente leyes y costumbres, con especial referencia al derecho aplicable por los jueces y alegable por los juristas.
2. La necesidad de unificar las diversas legislaciones aplicables en un mismo estado, especialmente cuando hay un movimiento de unificación política.
3. La necesidad de introducir reformas radicales a consecuencia de una revolución social.

Gioffredi⁸⁹, en opinión compartida con Crifó, al considerar y valorar el texto de las XII Tablas ha contrapuesto codificación antigua y codificación moderna, señalando que solamente esta última puede considerarse con el carácter de la exigencia «da racchiudere l'intero sistema del diritto in quanto ispirata alla esigenza della completezza», mientras que en el mundo antiguo este problema no existía puesto que el ordenamiento era completo en cuanto suficiente para regular todas las exigencias sociales que requerían una exposición positiva.

Todos los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica tienen en común haber llevado a cabo la codificación de sus disposiciones⁹⁰,

88 Por lo que se refiere a la abundante bibliografía romanística sobre esta materia, destacamos, por vía de simple remisión selectiva, los estudios de ARCHI, G. G., *Teodosio 2 e la sua codificazione*, Napoli: 1976; SCHIPANI, S., *Derecho romano: codificación y unificación del derecho: instituciones*, Bogotá: 1983; FALCHI, G. L., *Sulla codificazione del Diritto romano nel V e VI secolo*, Romae: 1989.

89 Cit. por CRIFÓ, G., *Libertá e uguaglianza...* o. c., 102.

90 Decía Durán y Bas (*Memoria histórica...*, Barcelona: 1883, 52-53) que «era inestimable el bien que siempre resulta de que desaparezca de un país la confusión acerca de las fuentes de su derecho actual, y más aún la heterogeneidad que presenten y la contradicción entre las reglas que de ellas emanen... El mal consiste en la falta de fijeza acerca de lo subsistente y de lo derogado... más fácil es conocer el derecho cuando existe en un solo monumento legal que cuando se halla disperso en distintos códigos y en multiplicidad de leyes particulares». Para la toma de contacto sobre el proceso de redacción del Cc español,

siguiendo pautas codificadoras del Derecho romano, fundamentalmente la sistemática de Gayo en sus Instituciones, o más bien las pautas y fundamentos del *Corpus Iuris* justiniano⁹¹.

El modelo de Estado que nació de la revolución francesa incorporó la codificación como modo de expresión del ordenamiento jurídico⁹², desempeñando los códigos a lo largo del siglo XIX una función instrumental para el objetivo de «dotar de certeza y unidad al derecho con vigencia en el conjunto del territorio nacional dentro de una supremacía de la ley, el principio de igualdad y el protagonismo de la acción de gobierno como impulsora de la transformación de la sociedad»⁹³.

Como observó Durán y Bas⁹⁴ el problema de la codificación no se planteó propiamente más que respecto de la legislación civil, puesto que nadie discutió la conveniencia de la codificación relativa a leyes penales, mercantiles y procesales, ya que había universal asentimiento y en materia mercantil es general la aspiración de los pueblos comerciantes a tener un código común a causa del carácter cosmopolita del comercio que reclama uniformidad para facilitar la eficacia de las transacciones.

No prosperó entonces la teoría defendida por el fundador del utilitarismo, a pesar del proyecto de Jeremías Bentham, que aspiraba a reunir todas las leyes, cualquiera que fuese su materia, de suerte que abrazasen todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos para constituir un código universal, al que llamaba Pannomion y del cual se había de seguir la integridad del derecho, su uniformidad e inmutabilidad, al estar fundada esa codificación universal en el principio de la utilidad que sería común en todos los tiempos y lugares.

Algunos autores del siglo XIX preveían una realidad futura que parece se va concretando en nuestros días: la uniformidad legislativa en el viejo Continente. «Día ha de llegar en que el viajero, yendo de uno a otro polo, encuentre en todas partes las mismas leyes, la misma protección, la misma lengua», afirmaba un escritor, y otro avanzaba un estudio de semejanzas, para realizarla, y de las diferencias, para eliminarlas.

vid. por todos, SANCHEZ ROMÁN, F., La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código Civil, Madrid: 1890; ITURMENDI BAÑALES, A., Las compilaciones forales en el proceso de la codificación española, Madrid: 1973.

91 Cf. DAVID, R; JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ª ed. ital, a cura di R. Sacco, Padova, 1994, 29-34.

92 Vid. FROMONT, M., *Grands systèmes de Droit étrangers*, 2ª ed., París: 1994, 4-5.

93 Así se expresa FERNÁNDEZ BARREIRO, A., Derecho Romano y codificación, in: I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Granada: 1995, 113.

94 DURÁN Y BAS, M., Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, Barcelona: 1883, VI-LIV.

Ihering sostuvo que la idea de universalidad forma el carácter del ordenamiento jurídico en la Edad contemporánea y a ella atribuye la admisión del Derecho romano en el seno de las naciones europeas de la Edad Media; para conseguirla, en el tiempo presente, proclamó el principio de la ley de la comunicación y de acción internacional, aunque presente las dificultades propias de la individualidad específica de cada nación, en su conformación histórica, si bien la adopción de unas mismas instituciones jurídicas es cuestión de oportunidad y necesidad, especialmente dada el vínculo creado con la UE, de modo que vendrá marcada por el devenir más inmediato.

Modesto Falcón⁹⁵, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, en el siglo XIX, no dudó en redactar un opúsculo para impulsar la urgencia de la codificación civil hispana, a la vista del ejemplo que presentaban los países europeos y la existencia de abundantes leyes especiales.

Como recordaba Durán y Bas⁹⁶ la codificación debía dar satisfacción a un triple fin: afirmar la verdad jurídica, acomodar la ley a las necesidades de la sociedad e identificar el nuevo derecho con la conciencia social para que sea regla de las acciones, fuente y guía en los fallos judiciales⁹⁷.

Este fenómeno codificador, no era nuevo en la historia de la cultura jurídica occidental, ya que en la *Compilación de Justiniano* aparecen todos los caracteres antes descritos, reduciendo de modo unitario el ordenamiento, a través de la legislación imperial, que puso en ejecución determinada normativa centralizadora y absolutista, a pesar de lo cual el factor jurisprudencia prosiguió desarrollando su propio rol en diversos momentos históricos, como elemento indispensable para la interpretación de la norma legal, tal como demuestran reiteradamente tanto la realidad de nuestro tiempo como las paráfrasis de los juristas bizantinos.

Este fenómeno no era nuevo en la historia de la cultura jurídica occidental, ya que en la *Compilación de Justiniano* aparecen todos los caracteres antes descritos, reduciendo de modo unitario el ordenamiento a la legislación imperial desde una perspectiva semejante en la política normativa, a pesar de lo

95 FALCÓN, M., *La futura legislación civil de España: examen de las bases para la redacción de un Código civil, adoptadas por la ley de 22 de mayo de 1888*, Madrid: 1888, 6. Vid. *Codificación del Derecho civil catalán*, Barcelona: 1897.

96 DURÁN Y BAS, M, o. c., XLIII.

97 Todas las codificaciones de corte napoleónico, como la española, responden a un tipo de ordenamiento basado en la ley como fuente única de normatividad, apartándose de la composición básicamente jurisprudencial del derecho precedente; por este motivo se acoge como principio fundamental que el cauce legislativo es el único legitimado para introducir innovaciones e incluso adaptaciones del derecho codificado a las nuevas necesidades que puedan surgir en el seno de la sociedad. Ello implica que se prive de todo valor normativo a las sentencias judiciales, y se aparte del sistema jurídico a la doctrina elaborada por los juristas.

cual el factor jurisprudencial prosiguió desarrollando su propio rol en ambos momentos históricos como elemento indispensable en la interpretación de la norma legal y lo demuestran, reiteradamente, la realidad de nuestro tiempo y las paráfrasis de los juristas bizantinos.

La diferencia estriba en la forma de redactar los códigos, puesto que en principio los Códigos de la experiencia jurídica romana, en sentido estricto, «recogen exclusivamente de forma sistemática textos legales propios y de los emperadores que le han precedido, respetando en principio la redacción que originariamente presentada cada norma»; en cambio, en la nueva realidad histórica, el código recoge normativa de diversa procedencia y se redacta en principio con absoluta libertad respecto de la fuente de donde se acoge, presentando las leyes en forma de principios abstractos.

De todos es sabido que la Iglesia se ha servido ampliamente a lo largo de los siglos de los principios y las técnicas jurídicas del mundo romano para construir su propio derecho⁹⁸. Desde los primeros siglos de su existencia oficial, la comunidad cristiana no ha dudado en recurrir al vocabulario y a los conceptos del derecho imperial, del cual podía valerse, sin merma alguna, manteniendo su ideal ultraterreno⁹⁹. Es más, las compilaciones que nos han transmitido las constituciones imperiales (Código Teodosiano y particularmente el Código de Justiniano) nos informan de una serie de normas, a veces fundamentales, emanadas de los emperadores romanos para precisar las instituciones y la disciplina eclesiásticas.

Nos estamos refiriendo, desde esta perspectiva, al Derecho romano en su último período de existencia, vigente en el Bajo Imperio, tal cual aparece en el Código Teodosiano del 438 d. C.¹⁰⁰, revisado por la Compilación justiniana¹⁰¹, en el Código del emperador bizantino antes citado y, especialmente, en el Digesto.

Abandonada la Alta Edad Media, a partir del siglo IX¹⁰², los Pontífices romanos comienzan cada vez más a recurrir frecuentemente al derecho de la antigua Roma; no solamente se redactan colecciones de derecho romano para el uso de los clérigos, sino que en las mismas compilaciones de derecho canónico apare-

98 Seguimos en este planteamiento a GARCÍA Y GARCÍA, A., *Las codificaciones y su impacto en la Iglesia a través de la Historia*, in: XVIII Semana de Derecho Canónico. Temas fundamentales en el nuevo Código, Salamanca: 1984, 35ss.

99 Cf. RICCOBONO, S., *Cristianesimo e Diritto privato*, Milano: 1910.

100 Vid. GIOVANNI, L. de, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli: 1985.

101 Vid. JOANNOU, P. P., *La législation impériale et la christianisation de l'Empire Romain (311-476)*, Roma: 1972.

102 Vid. FOURNERET, P., in: *Dictionnaire de Théologie catholique*, vol. 4, París: 1939, cols. 1836-1842, s. v. Droit canonique.

cen, al menos en las materias profanas, algunos textos de Derecho romano¹⁰³. Si desde este período los Papas autorizan el recurso al ordenamiento romano, ellos lo subordinan a su autoridad, principio que no se quebrantará jamás.

Por analogía con las fuentes justinianas se forma a lo largo de la Baja Edad Media el *Corpus Iuris Canonici*, integrado por el Decreto de Graciano, alrededor del año 1150; las Decretales de Gregorio IX o *Liber Extra* del año 1234; el *Liber VI* de Bonifacio VIII, de 1298; las Clementinas de 1317; las Extravagantes de Juan XXII, de 1325 y las Extravagantes Comunes de 1500, 1503¹⁰⁴.

Kuttner¹⁰⁵, puso de relieve que si por codificar entendemos, a la manera de Justiniano, refundir los materiales utilizados y revestir a la recopilación de una autoridad propia en el momento de la publicación, esto ocurrió por vez primera en el ámbito canónico cuando publicó en 1298 Bonifacio VIII su *Liber VI*, si bien esta afirmación hay que matizarla, puesto que este Pontífice dejó intactas las compilaciones anteriores, el Decreto y las Decretales.

Ese conjunto de seis colecciones bajomedievales sirvió de base a todo el Derecho canónico hasta la segunda década del siglo XX, dando origen a la aparición de un buen número de Compilaciones, las cuales se parecen más a una colección jurisdiccional que a un código moderno.

Graciano confirma la tradición, al afirmar que «las leyes de los emperadores romanos deben ser utilizadas siempre que no sean contrarias a los sagrados cánones»¹⁰⁶. A partir del autor del Decreto, los decretistas y decretalistas recurrirán al Derecho romano (Códigos y Digesto) para confirmar el derecho canónico y acudirán a su normativa en caso de ausencia de reglas canónicas, incluso cuando la disposición del derecho canónico es dudosa y en cambio se encuentra una regla con claridad en el Derecho romano.

103 Guido Mor (MOR, G., *Diritto romano e diritto canonico nell'età pregraziana*, in: *Scritti di Storia giuridica altomedievale*, Pisa: 1977, 16-32) habla de un progresivo abandono del Derecho romano en la canonística a partir del siglo XI, refugiándose más en el propio esquema eclesial y con menor dependencia del derecho imperial. Como reflejo de la posición del jurista en el dilema poder del papado o poder del imperio, observa que mientras en Italia hay un cierto rechazo al derecho justiniano desde el ámbito eclesiástico, en Francia se produce una verdadera y propia recepción, a través de la *collectio britannica* y las obras de Ivo de Chartres.

104 Vid. por todos, STICKLER, A. M., *Historia Juris Canonici Latini. Institutiones Accademiae. I. Historia fontium*, 3ª impr., Roma: 1985, 188-276; GEROSA, L., *Introduzione al Diritto canonico*, vol. 1. *Teologia del Diritto ecclesiale, con la col. di Stefano Violi*, Roma: 2012, 146-151.

105 KUTTNER, S., *Il codice di Diritto canonico nella storia*, in: *Miscellanea in honorem Dini Staffa e Pericli Felice S. R. E. Cardinalium*, vol. 1, Romae: 1968, 22.

106 Dist. 9 c. 1. De la utilización del Derecho imperial romano, y su subordinación al Derecho natural y Derecho de la Iglesia, se ocupa el monje Graciano en la Dist. 10, c. 9-13. Vid. FERME, B. E., *Introduction to the History of the sources of Canon Law. The Ancient Law up to the Decretum of Gratian*, Philadelphia: 2007, que es la traducción al inglés de la obra en italiano: *Introduzione alla storia del Diritto canonico. I. Il diritto antico fino al Decreto di Graziano*, Roma: 1998.

Luigi Falchi¹⁰⁷, no duda en comenzar una de sus más recientes investigaciones monográficas, sobre esta materia, con la siguiente afirmación: «Oggetto del presente studio è la recezione di *leges e iura* entro le fonti del Diritto canonico altomedioevale in Occidente attraverso la tradizione del Tardoantico», estableciendo, como término *ad quem*, el decreto de Graciano, además de enumerar e identificar sus posibles lugares de origen, en los textos jurídicos de Roma. La evolución histórica de dicha recepción explica cómo las fuentes romanas se insertaron en el ordenamiento canónico, constituyendo los *Fragmenta iuris romani canonici*¹⁰⁸.

Analizando la relación Derecho romano-Derecho canónico, en el momento inicial, genético, de la ciencia canónica, situado en el siglo XII, Viejo-Jiménez¹⁰⁹, profundizando las aportaciones realizadas previamente por Vetulani¹¹⁰, y más tarde por Kuttner¹¹¹, reitera tres tesis al respecto: en primer lugar, que el Decreto fue permeable al Derecho romano desde sus esquemas primitivos¹¹²; en segundo lugar, la incorporación de fragmentos justinianos nue-

107 FALCHI, G. L., *Fragmenta iuris romani canonici*, Roma: PUL, 1998, 9.

108 Este romanista italiano traza un cuadro completo del status quaestionis de la materia, y concluye con unas fases de evolución histórica en la recepción de la normativa romana, del Código de Teodosio II al de Justiniano I, de una fase acrítica de las fuentes justinianas a otra crítica, de textos poco fieles al original romano a la manifiesta fidelidad con los modelos. FALCHI, G. L., op. cit., 218. Este investigador ha publicado posteriormente otra obra monográfica, relativa al ámbito de conocimiento que nos ocupa: FALCHI, G. L., *Introduzione allo studio delle fonti dell'Utrumque Ius*, en colaboración con B. E. Ferme, Roma: 2006, que presenta, especial interés para los romanistas, el discurso que realiza en las pp. 84-97, 101-102, 235-278, 295-299, 307-308 y 314-359.

109 VIEJO-JIMÉNEZ, J. M., La recepción del Derecho romano en el Derecho canónico, in: *Ius Ecclesiae*, 14 (2002) 375-414. Este historiador del Derecho canónico, concluye su reflexión, afirmando que «el ámbito más sensible a la romanización fue sin duda el Derecho procesal», remitiéndose a las investigaciones de la hija del profesor Jean Gaudemet: BASDEVANT-GAUDEMET, B., *Les sources de Droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, in: RDC, 27 (1977) 193-249, enumerando dichas influencias del Derecho romano. Otros campos, en los que está presente, son los relativos a la responsabilidad criminal, al patrimonio eclesiástico y a la condición de las personas, aportando algunos ejemplos, sin olvidar el uso de definiciones prestadas de Roma respecto del matrimonio y el concubinato, además de la inspiración relativa para los conceptos de *error in corpore* y *error in materia*, aceptando la reparación de daños por la *restitutio in integrum*, además de asumir reglas seculares sobre los rescriptos imperiales. *Ibid.*, 404-405 y notas.

110 VETULANI, A., *Gratien et le Droit romain*, in: RHDfE, 24-25 (1946-1947) 11-48; id., *Encore un mot sur le Droit romain dans le Décret de Gratien*, in: Appollinaris, 21 (1948) 129-134.

111 KUTTNER, S., *Additional notes on the Roman Law in Gratian*, in: Seminar, 12 (1954) 68-74.

112 La doctrina es unánime en la distinción tradicional, desde el Renacimiento hasta la Edad Moderna, entre *verba de praesenti* y *verba de futuro*, identificando con esta última expresión a los esposales, cuyo reconocimiento fue obra de los teólogos de Laón y París, fruto de la concepción consensualista del matrimonio, en oposición a la teoría de la *copula carnalis*, representada por Graciano, antes de salir triunfadora del conflicto en la legislación pontificia de finales del siglo XII. Sin embargo, entiende Gouron, que aquella distinción fue elaborada ciertamente sobre la base de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, aunque no fue esencial en la materia, tal como se creía tradicionalmente, la famosa definición de *sponsalia* que contiene el fragmento de Florentino, en D. 23, 1, 1: *mentio et repromissio futurarum nuptiarum*, sino

vos, es decir, ignotos para la normativa eclesial del primer milenio, además de producirse en diversas etapas, que sería fruto de un ambiente académico; en tercer lugar, el enriquecimiento del Decreto, con textos de Derecho romano de procedencia justiniana, presupone la existencia de lazos o relaciones con la escuela culta de Bolonia.

Prueba de la innovación que se produjo en este ámbito, es la presencia de 259 fragmentos romanos «novedosos», respecto de las colecciones precedentes, que parecen provenir directamente del *Corpus Iuris Civilis*: 107 del Digesto; 122 del *Codex* justiniano, y 30 de las Novelas, casi todas del *Authenticum*, insertas en el citado *Codex revisus*, matizando dicho estudioso español, el criterio ya conocido, según el cual en el Decreto de Graciano no hay huella alguna del *Infortiatum*, ni del bloque de la jurisprudencia clásica romana conocido en el mundo medieval como las *Tres partes*, ni tampoco de los *Tres ultimi libri Codicis*¹¹³.

A partir del autor del Decreto, los decretistas y decretalistas recurrirán al Derecho romano (Código y Digesto) para confirmar el Derecho canónico, y acudirán a su normativa en caso de ausencia de reglas canónicas, incluso cuando la disposición del Derecho canónico es simplemente dudosa, y encuentran, por el contrario, la claridad normativa en una regla del Derecho romano¹¹⁴.

Destaca Naz¹¹⁵ algunos de los aspectos más representativos de la recepción del Derecho romano en la normativa canónica medieval. Así se comprueba en materia de capacidad de las personas, donde el Derecho romano

la oposición recogida en D. 45, 1, 134 pr., en la que Paulo habla de *matrimonia sive futura sive contracta*, que tuvo recepción a partir de las glosas de Raymond de Arenes, promovido por Adriano IV al cardenalato, viniendo propagada esta doctrina por Gautier de Mortagne, hasta que triunfó, entre 1185 y 1187, gracias a la decretal *Super eo* de Urbano III.

113 Estos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* aparecen desperdigados en 46 lugares diferentes, *dicta o auctoritates*, de los que solamente 3 pertenecen a las *Distinctiones* de la *prima pars*; otros 43 están en la segunda parte, y ningún fragmento del Derecho romano viene utilizado por Graciano en el tratado *De consecratione*. Mientras el Decreto recibió constituciones imperiales de época posclásica, y fragmentos de Derecho romano vulgar, a través de colecciones intermedias, los fragmentos de la Compilación de Justiniano llegaron al monje Graciano directamente de los denominados *Libri legales*. Cf. VIEJO-JIMÉNEZ, J. M., El Derecho romano «nuevo» en el Decreto de Graciano, in: ZSS für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung, 119 (2002) 1-19; id., *La ricezione del Diritto romano nel Diritto canonico*, in: LEÓN, E. de; ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N. (cur.), *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecuménico*, Milano: 2003, 158-209.

114 Vid. WIGAND, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München: 1967; MANCUSO, F., *La teoria de la simulazione nell'esperienza dei glossatori: da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovanni Teutonico*, Bologna: 2004.

115 NAZ, R., in *Dictionnaire de Droit Canonique*, vol. 4, París: 1949, cols. 1511-1.514, s. v. Droit Romain et institutions ecclésiastiques.

admitió que el loco pudiera realizar actos válidos durante los intervalos de lucidez¹¹⁶, manteniendo el Derecho canónico el mismo sistema, aplicándolo al matrimonio, y reconoce como válida la unión celebrada durante el intervalo lúcido, reserva hecha de la licitud del acto¹¹⁷.

La teoría canónica del matrimonio ha sido formulada a partir de la teoría romana de los contratos. El Derecho canónico ha aplicado a esta institución la teoría romana del contrato consensual, tomando como punto central el adagio contenido en el fragmento de Ulpiano conservado en el Digesto: *Nuptias non concubitus sed consensus facit*¹¹⁸. Esta doctrina, llevada a sus últimas consecuencias, debía concluir en el consentimiento, entendido este como elemento esencial en la formación del matrimonio¹¹⁹.

Puesto que el matrimonio está sujeto al derecho común contractual, puede venir precedido de una promesa de contraerlo ulteriormente que sirve para prepararlo y cuya inexecución lleva aparejada la responsabilidad, a cargo del que se aparta de cumplirla, de indemnizar los daños y perjuicios causados¹²⁰. Del Digesto ha pasado la institución de las arras¹²¹, y al igual que el resto de contratos puede venir afectado de una condición, pero debe reunir los requisitos habituales de posibilidad, honestidad y licitud¹²².

116 C. Iust. 5, 70, 5-6. Iustinianus A. Iuliano pp. *per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et haereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt*.

117 Graciano, C.32, q.7, c. 26; X 5. 1. 24.

118 D. 35, 1, 15. Ulpiano libro trigesimo quinto ad Sabinum.

119 Cf. GARCÍA GÁRATE, A., Aportaciones de la doctrina canónica al principio consensual del matrimonio romano, siglos I al IX, tesis doctoral, dir. por J. de Salazar, Madrid: UAM, 1979; VEGA GUTIÉRREZ, A. M., La unidad del matrimonio y su tutela penal: precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia, Granada: 1997; DEMOULIN-AUZARY, F., *Les actions d'état en Droit romano-canonique: mariage et filiation (XIIe-XV siècles)*, París: 2004; DELPINI, F., *Indissolubilità matrimoniale e divorzio dal I al XII secolo*, Milano: 1979; id., *Divorzio e separazione dei coniugi nel Diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al secolo V*, Torino: 1956; CAREDDA, D., *Il problema della forma costitutiva del matrimonio nella tradizione romana e nella tradizione canonica*, Roma: 2000; BALLINI, A. L., *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana del primo secolo all'età giustiniana*, Milano 1939; WIEL, C. van de, *La légitimation par mariage subséquent chez les romanistes et les décrétalistes jusqu'en 1650*, Roma: 1962; FALCAO, M., *O 'ius connubii' romano e o direito ao matrimonio*, en REDC, 160 (2006) 255-276.

120 X 4. 2. 1 y 17.

121 En el D. 23, 1, se trata de los esponsales, incidiendo en un aspecto fundamental, porque la promesa de futuro matrimonio se constituye por el simple consentimiento: *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*, afirma Ulpiano, en el parágrafo 3, mientras Salvio Juliano, en el parágrafo 11, afirma: *sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*. De manera explícita lo afirma el Decreto de Graciano, C. 30, q. 5, c. 3: *«Nostrates, tam mares quam feminae, non ligaturam auream, vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia federa contrahunt, in capitibus deferunt: sed post sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissio, federa quoque consensu eorum, qui haec contrahunt, et eorum, in quorum potestate sunt, celebrantur»*.

122 X 4. 5. 1; 3; 5 y 7.

Aplicando al matrimonio la doctrina del contrato consensual se llega al divorcio, puesto que lo que se origina por el *consensus* puede deshacerse con el *dissensus*. El Derecho canónico encuentra un remedio propio, que sirve para paralizar la lógica abstracta del Derecho romano, oponiéndole la doctrina del contrato-sacramento. Conforme a este planteamiento, la unión matrimonial no es solamente obra de las voluntades concordes expresadas por los esposos, sino que también interviene la obra de Dios en su formación, merced a la gracia dimanante del sacramento. Consecuentemente, el simple *dissensus* de los cónyuges no es suficiente para romper la indisolubilidad puesta por Dios al ligamen, que los esposos voluntariamente han establecido entre sí.

Aunque la voluntad de los contrayentes tiene una eficacia para la unión conyugal que nadie puede sustituir, aquella no es enteramente libre puesto que se ve afectada de algunas incapacidades de contraerlo por razones inspiradas en exigencias del bien común. Por este motivo no pueden contraer válidamente el matrimonio si no son libres a la hora de prestar su consentimiento, puesto que la unión conyugal no puede celebrarse válidamente, como cualquier contrato, si está viciada de error¹²³, o de *metus*¹²⁴, a los que añadía el Derecho romano el *dolus*¹²⁵, si bien este vicio de la voluntad no se incluyó inicialmente en la normativa canónica, en materia matrimonial.

Por lo que se refiere a los impedimentos matrimoniales, comenzando por el rapto, hay una clara recepción de la normativa romana. La libertad de

123 Vid., AZNAR GIL, F. R., El error *in qualitate personae* (cn. 1097,2) en la jurisprudencia rotal romana (1984-1994), in: XIII Simposio de Derecho matrimonial canónico, Santiago de Compostela: 1995-1996, 193-240; id., El error doloso (cn. 1098) en la jurisprudencia de la Rota Romana, in: Escritos en homenaje al P. J. M. Díaz Moreno, Madrid: 2000, 427-455; ARIZNABARRETA UGALDE, G., El error de hecho en el matrimonio canónico: la equivocación en el matrimonio, Pamplona: 1979; MANS PUIGARNAU, J. M., Error en la cualidad en el matrimonio, ante la reforma del Código de Derecho canónico, Barcelona: 1964; REINA, V. de, Error y dolo en el matrimonio canónico, Pamplona: 1967; VERA URBANO, F., El error sobre la persona en el matrimonio, según el nuevo CIC, in: IX Simposio de Jurisprudencia matrimonial, Salamanca: 1987, 359-409; AA.VV., Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial, Pamplona: 1996; LÓPEZ ALARCÓN, M., El error qualitatis personae en el consentimiento matrimonial según el nuevo Código de Derecho canónico, Murcia: 1983; FERREIRO GALGUERA, J., El error en la cualidad en el derecho matrimonial canónico: aproximación histórica, legislativa y jurisprudencial, A Coruña 1998.

124 Vid. ÁLVAREZ CORTINA, A. C., Violencia y miedo en el Código civil español: su aplicación al matrimonio, Oviedo: 1983.

125 Esta material ha sido objeto de estudio y exposición pública, con general reconocimiento, en una comunicación defendida por el entonces rector de la Universidad *Angelicum* de Roma, el dominico asturiano español, recientemente fallecido P. José F. castaño, con ocasión del primer congreso Diritto Romano – Diritto Canonico, organizado por la PUL, bajo la dirección del jesuita hispano Olís Robleda, y se publicó en sus Actas. Vid., RANNA, A. de la, *Il dolo nel matrimonio canonico: i fondamenti storico-domatici della soluzione normativa*, Napoli: 1983; JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., *El dolo en el matrimonio canónico*, Barcelona 1988; ZÁRRAGA COLMENARES, T. J., *El dolo en el derecho matrimonial canónico y su fundamentación jurídica*, Beriozar (Navarra): 1999.

la esposa puede verse alterada si, raptada por un hombre, debe prestar su consentimiento para el matrimonio, estando en esa situación. El código teodosiano¹²⁶, y Justiniano¹²⁷, decretan la nulidad del matrimonio celebrado en esas condiciones. El decreto de Graciano ratifica la prohibición¹²⁸, y aunque posteriormente se mitiga la disposición para evitar uniones irregulares, aún se afirma que, para ser eficaz el consentimiento dado por una joven raptada, es preciso que lo otorgue en condiciones de entera libertad¹²⁹.

La consanguinidad pone de relieve los inconvenientes de índole moral y física en los matrimonios que se celebren entre parientes próximos. Por este motivo, el Derecho romano lo prohibió en cualquier grado en línea recta, y una constitución del emperador Teodosio prohíbe la unión conyugal entre primos hermanos¹³⁰. Los concilios canonizaron, en el siglo VI d. C., un grado menos, en este impedimento en línea colateral, tomando en cuenta que confería la vocación hereditaria hasta el séptimo grado. Este parentesco se computaba a través de las dos líneas, pero a partir del siglo VIII, a causa de la prevalencia de los elementos germánicos, se aceptó el cómputo de una sola línea, abandonando el modelo romano.

El parentesco legal, nacido de la adopción, fue considerado por el Derecho romano para prohibir el matrimonio con los padres adoptivos en el mismo nivel que el nacido de consanguinidad¹³¹. El Derecho canónico aceptó este sistema a partir del siglo XIII, prohibiendo el matrimonio en línea recta y colateral, si bien en este último caso lo autoriza a partir del momento en que ha desaparecido por medio de la emancipación, como recoge el Hostiense en su *Summa*.

Los mismos inconvenientes de orden moral que aparecen en los matrimonios entre consanguíneos se repiten en las uniones de afines, y por lo mismo el Derecho romano los prohibió en línea recta¹³², viniendo aceptado este planteamiento en el decreto de Graciano que extendió la prohibición a la línea colateral¹³³.

126 C. Th. 9, 24, 1.

127 C. Iust. 13, 9, 1 y Nov. 143.

128 C. 27 q. 2 c. 33 y 34.

129 X 5. 17. 7.

130 Inst. Iust. 1, 10, 1. Este regimen fue derogado por Claudio, pero se recuperó ya en época clásica: Gai Inst. 1, 60-61.

131 Gai Inst. 1, 61; Inst. Iust. 1, 10, 6 y 10.

132 D. 38, 10, 4, 7. Modestino libro duodécimo pandectarum: *hos itaque inter se, quod ad finitatis causa parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est*. Gai Inst. 1, 63; D. 12, 7, 5, 1; d. 23, 2, 14, 4. Sobre la noción de afinidad, vid. D. 38, 10, 4, 3-6.

133 C. 27 q. 2 c. 11; 12 y 15.

Mediante la Novela 134, capítulo 12, Justiniano había prohibido el matrimonio entre el adúltero y su cómplice. El Derecho canónico ha desarrollado este estado de cosas, sosteniendo el matrimonio, cuando el esposo adúltero ha maquinado la muerte de su cónyuge, a fin de quedar libre¹³⁴, o cuando ha dado a su cómplice la promesa juramentada de esposarse, desde el momento en el cual quede libre¹³⁵.

El emperador bizantino, antes citado, había prohibido el matrimonio entre cristianos y judíos¹³⁶, y en el siglo XII, el Derecho canónico ha asumido la técnica del Derecho romano proclamando impedimento dirimente para el matrimonio entre cristianos e infieles, aunque es posible que esta prohibición esté inspirada en los textos del Antiguo Testamento, que prohibían el matrimonio de los judíos con mujeres extranjeras.

Por lo que concierne a las personas morales, el Derecho romano admitía dos tipos: las *universitates personarum*, o asociaciones de personas con personalidad propia diferenciada de sus miembros y patrimonio propio distinto del que competía a cada uno de sus integrantes, y las *universitates rerum* o masas de bienes adscritos a unos fines determinados de carácter religioso, beneficencia o instrucción.

Ambos tipos de personas morales aparecen en el Derecho canónico bajo la división de personas colegiales y no colegiales¹³⁷. Al igual que en época imperial, están sujetas al reconocimiento por parte de la autoridad; del mismo modo, las asociaciones no desaparecen con las personas que las integran, y en Derecho canónico una persona moral colegial sobrevive cien años, a la desaparición de todos sus miembros.

La Iglesia desde sus orígenes ha asegurado, mediante las obras buenas póstumas, el eterno descanso de los fallecidos, y la reparación de los daños que hayan producido durante sus vidas. Este resultado se conseguía en época romana por medio del testamento, inclinando a los fieles, de un lado, a testar antes de morir y, de otro, a dejar legados piadosos en sus últimas disposiciones, tal como aparece en las disposiciones del Código Teodosiano, influyendo decisivamente en los pueblos bárbaros para que acogieran esta práctica, que les era extraña¹³⁸.

134 C. 31 q. 1 c. 5.

135 C. 31 q. 1 c. 4.

136 C. Iust. 1, 9, 6. Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio pp. Año 388.

137 Cf. AA.VV., *Colloquio Diritto romano – Diritto canonico. La persona giuridica collegiale*. Jornadas del 24 al 26 de abril de 1980, Roma: PUL, 1981.

138 Sirva como referencia bibliográfica, MURGA GENER, J. L., *Testamentos y donaciones in bonum animae* en el Derecho romano tardío, Pamplona: 1968.

Otras analogías aparecen entre el Derecho romano y el canónico en materia de prescripción¹³⁹, y de los *loca sacra*¹⁴⁰, tal como aparece en las Instituciones de Gayo¹⁴¹.

Por último, tal como aparecía el proceso, en el Código de Justiniano y en las Novelas, a partir del siglo XII d. C. se ha introducido en el proceso canónico, y se constata con las prescripciones imperativas, numerosas formalidades, plazos y documentos.

Hay que destacar que la adopción de la normativa romana que se consolida a partir de los primeros decenios del siglo XIII no se hizo por simple mimetismo, sino que sufrió algunas modificaciones, como por ejemplo en Justiniano no todo derecho daba lugar a una acción, mientras que en Derecho canónico todos los derechos tienen la correspondiente *actio* para exigir su cumplimiento y respeto. Según el Derecho romano las sentencias interlocutorias no eran susceptibles de apelación, a diferencia del derecho canónico que sí lo permite. En Derecho justiniano los testigos debían exponer su testimonio en presencia de las partes, mientras que en el proceso canónico no debe producirse de este modo la prueba testifical para asegurar la libertad de los deponentes.

En materia criminal comienza el derecho canónico con el procedimiento acusatorio, conforme era estilo en Derecho romano, pero muy pronto se admitió la iniciación de oficio, aunque ello no conllevó la desaparición de la acusación, de modo que subsistieron las dos formas, como ocurre en derecho moderno, la acción pública y la acción de la víctima¹⁴².

139 Vid. AA.VV., *Tractatus de praescriptionibus: quae tum iure civil, tum pontificio continentur*, Lugduni: 1567; GIELKENS, P., *Tractatus de usucapionibus et diversi temporis praescriptionibus, ad theoreticam praximque utilissimus et legum studiosis tam in schola, quam in foro valde necessarius: complectens totam materiam usucapionum et diversi temporis praescriptionum generatim in iure civil et canonico frequentem*, Francofurti, 1602; URQUIRI, T., *Sanabilidad de la mala fe para la prescripción de las personas morales eclesiásticas*, Madrid: 1954; NAVARRETE, U., *La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva*, Roma: 1959; NETO, A., *A boa fé na usucapiao: (ensaio de estudio historico-critico e dogmatico-comparativo entre Direito Romano, Canonico e Civil português)*. Tesina de licenciatura en la UPSA, dir. por T. García Barberena, Año 1958-1959; MIER VÉLEZ, A., *La buena fe en la prescripción y en la costumbre, hasta el siglo XV*, Pamplona: 1968; CASANOVA DOMÉNECH, J., *La buena fe en la prescripción canónica: historia, noción y desarrollo*. Tesina de licenciatura, dir. por T. Urresti, Salamanca: UPSA, 1992; TORRE, B., *L'usucapione nel Diritto romano e nel Diritto canonico*, Romae: 2009.

140 Vid. MENTXAKA ELEXPE, R., *Sobre los bienes dedicados al culto cristiano en la época pre-constantiniana*, in: *Seminarios complutenses de Derecho romano*, 12 (2000) 147-232.

141 Gai Inst. 2, 4 y ss.

142 Antonio García ha estudiado en profundidad, y desde las fuentes manuscritas, este problema de la recepción del Derecho romano en el Derecho procesal medieval: vid. GARCÍA Y GARCÍA, A., *El proceso canónico en la documentación medieval leonesa*. Separata de la obra *El Reino de León en la Alta Edad Media*. II. Ordenamiento jurídico del Reino, León: 1992, 567-655.

Lefebvre¹⁴³ ha elaborado un amplio elenco de las instituciones eclesiásticas medievales directa o indirectamente inspiradas en el Derecho romano, con especial referencia al poder de jurisdicción y en el ámbito de las materias procesales. Más recientemente, Franssen¹⁴⁴ ha ratificado esta influencia considerable del Derecho romano en la Iglesia del Medioevo, de tal manera que no extraña el hecho de que se encuentre utilizado a propósito de materias estrictamente espirituales, como en el terreno de los sacramentos o del sacrificio de la Misa.

Testimonio evidente de la atención pontificia al Derecho romano se encuentra en las once *Regulae iuris* de las Decretales de Gregorio IX, y las 88 *Regulae iuris* del Sexto, referentes a la interpretación, aplicación y supletoriedad del derecho de las Decretales que en su mayor parte han sido formuladas desde el Derecho romano¹⁴⁵, hasta el extremo de atribuirse erróneamente su autoría a un romanista de aquel tiempo.

A pesar de la intensa actividad legislativa ulterior, contenida en los documentos pontificios y decisiones conciliares, el derecho romano ha conservado un lugar importante dentro de las normas jurídicas de la Iglesia. La profusión de los textos era tal a finales del siglo XIX que una memoria de los obispos de la región napolitana constataba amargamente que «la legislación canónica estaba dispersa en tantos volúmenes que no bastarían bastantes camellos para transportarla».

Los principales caracteres de la legislación canonística, a principios del siglo XX, se pueden resumir en estos extremos: excesiva multitud de normas, o como afirmaban los obispos franceses, «*obruimur legibus*»; desorden y dispersión de estas normas, esparcidas en infinidad de colecciones oficiales; la forma de las leyes, puesto que estaban en una indiscriminación partes históricas, dispositivas y de simple motivación; enorme incertidumbre sobre la vigencia y alcance de muchas leyes; inutilidad y anacronismo de muchas de las normas para el objetivo al que teóricamente debían aplicarse, y, por último, las lagunas sobre diversos aspectos que afectaban al ordenamiento de la Iglesia.

143 LEFEBVRE, Ch., *L'âge classique, sources et theories du Droit*, París: 1965, 168-183.

144 FRANSEN, G., *Reflexions sur le Droit Canonique et le Droit Romain au moyen âge*, Siena: 1996, separata, 9-16.

145 D. 50, 17. *De diversis regulis iuris antiqui*. Algunos romanistas han dedicado su atención al estudio de algunas *regulae iuris*, y analizado su alcance en el proyecto de un Derecho comunitario europeo, como han sido, a modo de referente bibliográfico, MENTXAKA ELEXPE, R., Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria, in: AFDUC, 8 (2004) 519-534; CUENA BOY, F., La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación, in: RIDA, 40 (1993) 227-262; DÍAZ COUSELO, J. M., El principio *ignorantia legis non excusat* del Derecho indiano a la Codificación, in: III congreso argentino de americanistas 1999, Buenos Aires: 2000, 367-400.

Era pues necesario recoger el derecho tradicional de la Iglesia en una colección de fácil acceso, siguiendo el ejemplo de las legislaciones seculares a partir de 1804¹⁴⁶, y ésta tuvo lugar a través del Código de 1917, constituyendo una colección legal auténtica, universal, única y exclusiva, cualidades que representan el máximo valor jurídico que un ordenamiento puede poseer.

El motu proprio *Arduum sane munus* de 1904, anteriormente recordado, afirmaba que había de darse al derecho de la Iglesia «nueva ordenación y nueva forma, imitando el ejemplo de todas las naciones cultas en nuestros días, al igual que Gregorio IX siguió las huellas de Justiniano para el Derecho romano». Con la expresión de «naciones cultas» se refería al grupo de países, sobre todo del continente europeo, cuyos ordenamientos aparecían directamente influenciados por la escuela pandectística alemana del siglo XIX.

El mérito fundamental de esta obra hay que atribuirlo al cardenal Gasparri, amparado por el Papa Pío X, puesto que llevó a feliz término una obra que suscitaba múltiples recelos en la Curia romana, hasta el extremo que los historiadores han comparado su actuación respectiva con Triboniano y Justiniano, en el siglo VI, o con San Raimundo de Peñafort y Gregorio IX en el siglo XIII, aunque más exactamente habría que hacerla con Bonifacio VIII y sus colaboradores.

En su *praefatio* al Código de 1917¹⁴⁷, el cardenal Gasparri afirma que fue un propósito constante de la Iglesia el reunir en un único *corpus* legal todos sus cánones, sobre todo a partir de las colecciones justinianas, pero la realidad de los hechos lo desmienten a causa de la ausencia de colecciones oficiales durante siglos, y del dato comprobado, a tenor del cual la única colección para toda la Iglesia desde Justiniano es una obra particular, el Decreto de Graciano.

Se han incorporado algunas citas del Derecho romano, en la parte que precede al Código Pío-Benedictino, y además, donde impera el silencio en Derecho canónico, se determina que ha de recurrirse, en primer lugar, al Derecho romano. También se recuerda que Gregorio IX no dudó en imitar a Justiniano en su tarea legislativa y, por último, en el elenco de instrucciones a los consultores y colaboradores, implicados en la codificación, se hace referencia directa al uso de la lengua latina, para añadir mayor dignidad a las leyes sagradas, tal como ocurrió con el Derecho romano justiniano.

146 Fray José López Ortiz señala que tenía que haber diferencias fundamentales entre el CIC y el Código de Napoleón, puesto que en aquél se recogen principios generales de Derecho natural, normas de Derecho divino positivo y regulaciones concretas emanadas por las personas que tienen en la Iglesia el poder de legislar. LÓPEZ ORTIZ, J., prólogo la ed. del *Código de Derecho canónico y legislación complementaria* de MIGUÉLEZ; ALONSO MORÁN; CABREROS DE ANTA, Madrid: BAC, 1976, XIV.

147 *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus. Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Praefatione, fontium annotatione et indice analytico alphabetico ab Eminentissimo Petro card. Gasparri auctus*, Romae: 1917, XIX.

3. CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1917

Fantappiè¹⁴⁸, ha intentado explicar el proceso de simplificación, homologación y unificación de la variedad de normas eclesiásticas que llevó a la progresiva racionalización de la materia del Derecho canónico en un sistema lógico.

Del orden teológico-canónico de las decretales, se había pasado en la Edad Moderna al *ordo iuris* humanista; de la *scientia canonum* del siglo XVIII se pasó al sistema *iuris*, inspirado por el Derecho natural racionalista. Junto a estos dos elementos, hay que añadir los conceptos fundamentales elaborados por la Segunda Escolástica, como el carácter voluntarista de la ley, la primacía de la ley escrita, el esquema del contrato, la noción de persona jurídica, y la afirmación de la tripartición del poder de la Iglesia, sobre el modelo del Estado moderno.

La ejecución del proyecto codificador requería además voluntad política, y unos juristas altamente cualificados, que trataron no solamente de dar una solución técnica al problema de la organización de las normas canónicas post-tribentinas, sino que procedieron a una auténtica modernización del derecho canónico, consolidando la estructura eclesiástica, una vez había desaparecido el poder temporal del Papa, y además legitimaron a la Iglesia en la sociedad contemporánea, a la luz de los principios del Vaticano I, fundamentalmente en lo relativo a la centralidad institucional y al primado jurisdiccional del Pontífice, asegurando a la Iglesia, en medio de la realidad temporal, venir considerada como organismo autónomo e independiente.

La Iglesia imitaba al Estado, y se definía a través del Estado, como un organismo al que pertenecían multitud de sujetos, trayendo el binomio medieval poder espiritual-poder temporal a un planteamiento renovado, sirviendo el Código para definir la esfera de competencia de la Iglesia.

Algunos canonistas¹⁴⁹, como Wernz y Ojetti, advirtieron de los efectos secularizadores de la codificación, reclamando una relación explícita entre

148 Vid. FANTAPPIÈ, C., *Introduzione storica al Diritto canonico*, Bologna: 2003; id., *Chiesa romana e modernità giuridica*. T. I., *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)* y t. II. *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano 2008, con las interpretaciones teológicas de las diversas escuelas.

149 Vid. FANTAPPIÈ, C., o. c., 226-228. Antes de la redacción del CIC de 1917, hubo intentos privados de codificación del Derecho canónico, pero mientras en Francia se siguió la técnica de disponer los cánones conforme al modelo del Code civil napoleónico, con preceptos claros, precisos y breves, enumerados progresivamente, siguiendo la tripartición gayana con bastantes diferencias, como una introducción, los canonistas italianos quisieron conservar el texto primitivo de las Decretales. Las dos obras claves de la codificación de 1917 serán la de Gasparri y de Wernz, pero mientras el primero sigue un orden lógico, el segundo se mantiene fiel al sistema de las Decretales, constituyendo una gran síntesis de las investigaciones histórico-sistemáticas de la ciencia germanística junto a la canonística clásica. Cf. FANTAPPIÈ, C., *Storia del Diritto canonico e della istituzioni della Chiesa*, Bologna: 2011, 260-262.

Derecho canónico y Teología, a pesar de lo cual se introdujo en el Código una visión jurídica, en la que hay una remisión al *ius vetus*, pero también a la *aequitas*, como principio constitucional no escrito.

El historiador del Derecho europeo, Paolo Grossi¹⁵⁰, entiende que el CIC de 1917 significó un «acto de ruptura con el pasado, a pesar de que no es más que una nueva forma de presentar la producción del Derecho, las fuentes del mismo y la relación entre orden jurídico y político», ya que se pasó del sistema de compilaciones medievales a la codificación, en cuanto esta última modifica el espíritu y expresión normativa, porque reduce la extensión de los preceptos, haciéndolos más breves, claros y generales, a la vez que adopta un esquema lineal y tendencialmente cerrado.

En criterio de Fantappiè¹⁵¹, la codificación significó un cambio, *del plan de la experiencia*, conforme al Derecho romano clásico, que estaba próximo a la realidad, y buscaba la solución del caso en la naturaleza de las cosas, en armonía con la tradición y exigencias superiores de la justicia, al plan de la construcción abstracta, en el cual la solución del caso viene de una norma ya predispuesta dentro de un sistema, en el que predominan las relaciones lógicas entre las partes y el todo, es decir, rompe con la tradición canónica, con el Common Law y otras culturas jurídicas no continentales.

La codificación ha favorecido la centralización de la legislación y de los organismos de gobierno en la Iglesia, y ha hecho avanzar el proceso de romanización de las iglesias particulares, conllevando a la juridización de algunos ámbitos tradicionalmente autónomos, como la moral y la liturgia, el contenido de la fe y las realidades sacramentales.

Puesto que este Código Pío-Benedictino, en su conjunto, no supuso grandes innovaciones, el derecho romano, tanto del que se aplicó en la antigua Roma como el que recibieron los glosadores de la Edad Media y reelaboraron por medio de la Glosa y del Comentario, subsiste en el mismo con la misma radicalidad que en los textos precedentes.

Un coloquio celebrado en Roma en 1978, organizado por el P. Olís Robleda, bajo el lema «Derecho Romano-Derecho Canónico», prosiguiéndose en años sucesivos con el impulso de Gutiérrez y Falchi, y cuyas actas se han publicado posteriormente a su celebración¹⁵², permitió analizar monográfica-

150 Vid. GROSSI, P., ob. cit., 121-134.

151 FANTAPPIÈ, C., *Introduzione storica...*, o. c., 231-232; id., *Storia del Diritto canonico...*, o. c., pp. 268-270; SCCELLINI, G., *Storia del Diritto canonico (compendio)*, Napoli: 2008, 72-73.

152 El coloquio de 1979 se trató sustancialmente de «*La definizione essenziale del matrimonio*», y en otros sucesivos sobre la persona jurídica colegial, *lex* y *iustitia* en el *Utrumque ius*, o el ejercicio del poder y la práctica de la consulta, en el IX congreso, cuyas actas se imprimieron en 1994, en la que hay

mente y en profundidad esta materia, observando la pervivencia del Derecho romano desde los orígenes de la Iglesia hasta el Código de 1983, aunque las primeras jornadas se redujeron al Código de 1917, si bien las últimas llegan al texto codificado vigente.

La analogía con la experiencia romano-justiniana aparece nítidamente en múltiples instituciones, a las que nos referiremos más tarde, pero comienza con la existencia de codificaciones privadas durante los decenios precedentes, incluida la metodología utilizada para realizar la labor codificadora.

Según la opinión de Fantappiè¹⁵³, no se trata de un código de autor, sino de una obra colectiva de ciento cuarenta juristas, entre los que hubo multitud de expertos en varias disciplinas, predominando los teólogos y los canonistas.

En palabras del propio Cardenal Gasparri, los peritos trabajaron en dos comisiones simultáneas, con lo cual su trabajo se redujo a la mitad, recordando la teoría de las masas de Bluhme en el Digesto, o la confección de las Instituciones entre Teófilo y Doroteo, y como presidente, que actuaba supervisando ambas, el citado jurista, que en Justiniano era su *quaestor Sacri Palatii*, Triboniano.

El Papa Benedicto XV, en el *motu proprio* del 15 de septiembre de 1917, siguiendo el modelo augústeo, concede el *ius publice respondendi*¹⁵⁴ a la comisión, o *consilium* del Código: «*cui uni ius erit Codicis canones authentice interpretandi*». Asimismo, declara que la Iglesia tuvo cuidado no solo en abrogar las leyes bárbaras, informando sus costumbres con la *humanitas*, sino que también se basó en la ayuda e otros conceptos, para «atemperar y perfeccionar de modo cristiano el Derecho romano, aquel glosioso monumento del antiguo aprendizaje, al cual se ha llamado correctamente '*ratio scripta*'».

Nacida la Iglesia en el mundo romano, su constitución se organiza exteriormente sobre el modelo de la constitución del Imperio romano. El Papa toma el título de *Pontifex Maximus*, que competía al Emperador en el período pagano del imperio; el principal órgano colegiado asesor del Papa, dentro del grupo de consejos, es el *consistorium*, como aparece en Roma desde el siglo II d. C., y se mantiene en el Bajo Imperio; el Papa dispone del *magister Sacri palatii*, como el emperador tenía un *quaestor sacri palatii*, y un *magister officiorum*,

aportaciones significativas como la de Jean Gaudemet, «*La formation du Droit romain chrétien*», o de Riccobono jr., «*La riflessione della scienza romanistica sul diritto romano cristiano*», o la de Caron, «*La competenza dell'episcopalis audientia nella legislazione degli imperatori romani cristiani*», o de L. de Giovanni, «*Brevi riflessioni sulla formazione del Diritto romano cristiano*», por citar algunas de las contribuciones de este simposio, muy en consonancia con los precedentes.

153 FANTAPPIÈ, C., *Introduzione storica...*, o. c., 232.

154 D. I, 2, 2, 48-49.

y en general la corte o curia papal se organiza con las oficinas, similares a las existentes en la cancillería imperial, incluyendo la sección de archivos: en el palacio de Letrán se constata el *sacrum consistorium*, el *scrinium*, la *schola* de los notarios, la dataría etc.; las constituciones papales, denominadas rescritos¹⁵⁵, recuerdan terminológicamente una de las formas de las constituciones imperiales a partir de Augusto; las provincias del Imperio se convierten en provincias eclesiásticas, y los metropolitanos se ubican en las capitales de las provincias, e incluso el nombre de diócesis que se otorga a las subdivisiones de las provincias, o el de vicariatos, responden a la terminología de época posclásica.

Aunque es el libro IV *De processibus* donde mejor se constata la presencia de la normativa romana¹⁵⁶, hay otros muchos lugares. En el canon 209: «*Si quis iurisdictione putatur indui qua non potitur, tamen valebunt, Ecclesia supplente iurisdictionem, actus eius, ne fideles patiantur insontes grave damnum spirituale erroris causa communis quo ministri nesciebatur incapacitas*», que parece haber heredado el *supplementum iurisdictionis*, contemplado en el caso del esclavo que ejerció el oficio de pretor¹⁵⁷, como demuestra ampliamente el que fuera auditor de la Rota romana, José María Serrano, en la lección inaugural de la Universidad Pontificia de Salamanca en el curso académico 1970-1971¹⁵⁸.

La antigua *litis contestatio* del Derecho romano aparece, incluso con el mismo nombre, en el canon 1725 del CIC de 1917, e incluso produce algunos efectos que le eran característicos. También el canon 1767 distingue entre *actio* y *exceptio*, y el 1687 y siguientes mantienen vigente la *restitutio in integrum*, casi con total analogía con las fuentes romanas, y al igual que en derecho justiniano tiene un plazo, que se fija en 4 años, para su ejercicio. Del mismo modo el canon 35 distingue entre *tempus continuum* y *tempus utile*, y el concepto de mutuo viene acogido en el canon 1543 en términos idénticos al Derecho

155 D. 1, 4, 1, 1. Ulpiano libro primo institutionum.

156 Vid. V. A IESU MARIA, *De iurisdictionis acceptione in iure ecclesiastico: praemittitur eiusdem notio in iure romano*, Romae: 1940; NÖRR, K. W., *Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess*, en *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main: 1973, 53-65; MUSELLI, L., *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del Diritto canonico: dalle origini al XVII secolo*, Padova: 1972; JUNGHANS, S. F., *De iureiurando calumniae secundum principia iuris Romani, Germanici, Canonici et Saxonicis*, Lipsiae: 1795; CAPODIFERRO, L., *Comparazione della citazione nel Diritto romano, canonico e civile*, Roma: 2009; BRIEGLEB, H. K., *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Frankfurt am Main: 1969, repr. facs. de la ed. de Leipzig 1859; BOYER, G., *La contumace: dans les causes contentieuses en Droit Romain et en Droit Canonique*, 1971; BETTETINI, A., *La restitutio in integrum processuale nel Diritto canonico: profili storico-dogmatici*, Padova: 1994; BALBI, R., *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli: 1990.

157 D. 1, 14, 3. Ulpiano libro trigensimo octavo ad Sabinum.

158 SERRANO RUIZ, J. M., *El esclavo que llegó a ser pretor de Roma. Derivaciones jurídicas del error público. Exégesis romano-canónica del fragmento del Digesto D. 1, 14, 1*, Salamanca: 1970, 1-24.

romano: «*Utroque iure mutuuum es datio, qua rei fungibilis alicui datur dominium, et accipiens fit ideo rei datae dominus, salva tamen obligatione restituendi danti alias res et tantas eiusdem generis*»¹⁵⁹.

Además de las reminiscencias precedentes hay otras muchas, como las relativas al *forum rei* (cánones 1559-1562), *forum contractus et forum rei sitae* (1564-1566), *ius provocationis ad forum maximi Pontificis*, como en época imperial era al Emperador en cualquier momento de la *litis* (canon 1569); el colegio de los *decemviri litibus iudicandis*, que hoy aparece bajo la forma de los *Auditores Sacrae Rotae Romanae* (canon 1598) y el episcopal (canon 1574); la *actio spoli* (canon 1699), subrogada en el caso de faltar el interdicto *Utrubi*¹⁶⁰; la *operis novi nuntiatio* (canon 1676); la *actio damni infecti* (canon 1678); la *actio* y *exceptio metus* (cánones 1684-1685); las *actiones retinendae et recuperandae possessionis* (cánones 1695-1698) que son la última evolución de los interdictos del mismo nombre; la mejor condición del que posee la cosa la mayor parte del año último (canon 1697), como era antes de Justiniano el interdicto *Utrubi*; la *actio iniuriarum* y su ejercicio anual (canon 1703); el juramento supletorio (canon 1829) y el decisorio (canon 1834), el juramento de calumnia (canon 2037), las obligaciones *in solidum* (canon 2211), o la infamia *iuris aut facti* (canon 2293)¹⁶¹.

Deuscht¹⁶² ha analizado con minuciosidad los numerosos textos del Digesto que han servido de base a la canonística en sus tomas de posición, y de los cuales hay multitud de huellas en la formulación del articulado del Código de 1917.

Prescindiendo de los cánones que no contienen principios claros, o elementos evidentes del Derecho privado romano¹⁶³, y dejando a un lado aspectos tan relevantes como los rescriptos, o la regulación de la ignorancia, o la del error, en los actos jurídicos, así como los diferentes aspectos del matrimonio y los requisitos del consentimiento, nos limitaremos a remarcar los que siguen:

El cn. 1, sobre aplicación de las normas del Código a la Iglesia Latina, no extiende su ámbito de vigencia a la Iglesia Oriental, y contiene la reminiscencia de la distinción, básica en el Derecho romano clásico, según la cual hay una ley propia para los ciudadanos, el *ius civile*, como estatuto personal, y otra para el

159 Cf. VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto romano*, Roma: 1982, 482-484.

160 Vid. MARTÍ I MIRALLES, J., *Spoliatus ante Omnia restituendus. Excepciones a este principio: aspectos penal, romano, canónico y civil vigente del tema*, Barcelona: 1911.

161 Vid. TATARCZUK, A., *Infamy of Law: a historical synopsis and a commentary*, Washington: 1954.

162 DEUSCH, B. F., *Ancient roman Law and modern canon Law*, in: *The Jurist*, 27-28 (1967-1968), 4 partes.

163 Cf. WILCHES, F. A., *De errore communi in Iure romano et canonico*, Romae: 1940.

conjunto de personas titulares de Derechos que no lo son, aunque desde el 212 d. C. es un derecho universal, que aparece como común para todos los habitantes del Imperio, al igual que el Código está vigente para todos los católicos en general.

El cn. 2 refleja la distinción entre Derecho público y privado, conforme a la definición ulpiana¹⁶⁴, mientras que el cn. 5, al tratar de la costumbre¹⁶⁵, sienta el principio general del mismo juriconsulto romano, referido en D. 1, 3, 33¹⁶⁶, transmitido también en los *Tituli ex corpore Ulpiani* 1, 4¹⁶⁷. Sin embargo, el cn. 25, a tenor del cual, la costumbre obtiene fuerza de ley solamente con el consentimiento del superior eclesiástico competente, recuerda la legislación imperial posclásica, que exige el consentimiento del emperador¹⁶⁸, sin olvidar el cn. 29: la costumbre es el mejor intérprete de las leyes, que transcribe las palabras de Paulo¹⁶⁹.

En el cn. 6 se refieren algunas reglas de interpretación normativa, como la abolición de todas las leyes opuestas a las previsiones del Código, o que no han sido incluidas en el nuevo cuerpo legal, que rememora a Justiniano, defendiendo su competencia para derogar la antigua normativa a través de la nueva legislación, dejando esa regulación sin vigencia¹⁷⁰.

Es bien conocido el régimen legal previsto en Derecho romano para la pubertad, respecto de la capacidad de las personas para el matrimonio, en consonancia con lo dispuesto en el cn. 88, fijando los 14 años para el varón y los 12 para la mujer, siguiendo la escuela proculyana, acogida por Justiniano, así como la terminología del infante.

El cn. 96 habla de la medición del parentesco por razón de consanguinidad, señalando líneas y grados, al mismo tiempo que en el cómputo se indica que en línea recta hay tantos grados como generaciones, o personas sin contar la cabeza, sin olvidar, en este elenco sumario de preceptos, al cn. 98, que reconoce la existencia de personas morales en la Iglesia, colegiales y no colegiales, constituidas por la autoridad pública, exigiendo para las primeras la presencia de un mínimo de tres individuos, como expresa el fragmento de Neracio Prisco¹⁷¹.

164 D. 1, 1, 2. Ulpiano libro primo institutionum.

165 Cf. ANDREOZZI, G., *La comunità capace di indurre consuetudini*, Roma: 1949.

166 «*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*

167 «*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.*

168 C. Th. 5, 20, 1; C. Iust. 8, 52, 2. Imp. Constantinus A. ad Proculum. Año 319. Contradice el principio de Salvio Juliano, referido en D. 1, 3, 32, que afirmaba la capacidad de la costumbre para abrogar la ley. *Leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

169 D. 1, 3, 37. Paulo libro primo quaestionum: *optima enim est legum interpres consuetudo.*

170 Baste recordar las constituciones *Summa rei publicae*, del año 529, para las Instituciones, y la *Cordi*, del año 534, para el *Codex revisus* o *repetitae praelectionis*.

171 D. 50, 16, 85. Marcelo libro primo digestorum: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.*

4. CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

Aunque el Código de 1917 representó un hito fundamental en la historia legislativa eclesial y dio paso a una nueva era en la historia del Derecho canónico, realizando una buena síntesis y codificación del derecho precedente, y permitiendo una mejor difusión y conocimiento del Derecho de la Iglesia, tuvo algunos inconvenientes importantes¹⁷² porque se abandonó la crítica constructiva a su contenido, permitiendo que sus normas hayan estado vigentes como inmutables durante más de medio siglo, a pesar de el Papa Benedicto XV preveía, con su motu proprio *Cum iuris canonici codicem*, de 15 de septiembre de 1917, la incorporación de nuevos cánones *contra legem*, en sustitución de los caducados, y otros *praeter legem*, para suplir las lagunas o aclaraciones.

Ciprotti¹⁷³ elaboró un elenco de expresiones y términos jurídicos que debían ser corregidos, por otros más acordes a la materia de algunos cánones, o sustituidos por otros más precisos, dando origen a nueva redacción de sus textos, como aparece en el libro I cánones 3, 6, 16, 22, 24, 27, 28, 33, 36, 42 y 43; o en libro II, los cánones 91, 97, 98, 103, 104 bis etc.

Sugería además la supresión de múltiples vocablos usados en sentido no técnico, constataba el uso del mismo vocablo en sentidos técnicos diversos o de palabras o locuciones distintas de las técnicas o de las que usa más corrientemente el Código, sin olvidar que no se respetaba en ocasiones la propiedad de los vocablos jurídicos, como *abrogare*, *derogare* y *obrogare*, por citar un ejemplo.

El 25 de enero de 1959, el Papa Juan XXIII, coincidiendo con la reforma de la Iglesia, que preconizaba desde la convocatoria del Concilio Vaticano II, a cuya eclesiología debería adaptarse, anuncia la conveniencia del nuevo Código en la Iglesia, y su proyecto no se veía concluido hasta la promulgación del nuevo texto normativo el 24 de enero de 1983, es decir, después de un cuarto de siglo¹⁷⁴.

172 Entre los múltiples reparos formulados al Código de 1917 destacamos, con Antonio García: «la inadecuación del título *De rebus*, que engloba en el libro III materias enormemente dispares, la forma exhortatoria de la formulación de muchos cánones, algunas redacciones poco felices por su imprecisión, la terminología no siempre constante, que delata una deficiente fusión del trabajo de diferentes consultores y colaboradores; demasiadas definiciones, más propias de un manual que de un código, instituciones importantes con escasa regulación jurídica, y viceversa».

173 CIPROTTI, P., Observaciones al texto del Codex Iuris Canonici, 2a ed. ref., Salamanca:1950.

174 Vid. GAUDEMET, J., *Les sources du Droit canonique VIIIe – XXe siècle. Repères canoniques. Sources occidentales*, París: 1993. Ente los estudios más destacados, cf. GAUDEMET, J., *La hiérarchie des normes dans le nouveau Code de Droit canonique*, en *Pro fide et iustitia*, Fest. Card. Casaroli, Berlin: 1984, pp. 205-218; CASTILLO-LARA, R., *Le livre III du CIC de 1983*, in: AC, 31 (1988) 17-54; METZ, R., *La nouvelle Codification du Droit de l'Église*, en RDC, 33 (1983) 110-193; SCHWINDENEIN, H., *Das neue Kirchenrecht. Gesamtdarstellung*, Graz: 1983; AA.VV., *Le nouveau Code de Droit canonique. Actes du congrès d'Ottawa* 1984, ed. de 1986.

Esta codificación difiere de la precedente porque aparece en un momento en el cual la sociedad eclesial está sujeta a un profundo cambio, es más pluralista y revisa el sistema de valores que, al menos aparentemente, están en crisis, frente al continuismo, monolitismo y unitarismo de la segunda década del siglo XX¹⁷⁵. Además, de la simple observación de sus cánones se desprende que hay aspectos tan relevantes como la eclesiología, la pastoral, la liturgia, el ecumenismo, la sociología y otros saberes y ciencias humanas, no solamente reflejados en la normativa sino que condicionan su formulación, con las contrapartidas consiguientes, de incertidumbre y contenido exhortatorios o declaratorios. Se ha producido un mayor alejamiento de la técnica jurídica y tradición romanista, situando al derecho canónico fuera de su contexto histórico precedente, lo que provoca un empobrecimiento científico de la canonística.

Para evitar una prolija comparación del código actual con el derecho romano de la antigüedad o de la Edad media, que precisaría un largo volumen de investigación, el método utilizado consiste en buscar qué ha subsistido de las instituciones romanas, mencionadas en el código de 1917, en los cánones de 1983¹⁷⁶. Nunca podrá ser un análisis exhaustivo, pero se pueden observar grandes líneas, analizando el plan perseguido con cada uno de los códigos preparatorios, antes de abordar las instituciones particulares: el derecho de personas, los actos jurídicos, la justicia y la jerarquía¹⁷⁷.

175 Recientemente Lardeur (*Postmoderne Rechtstheorie*, Berlín: 1995) habla de la teoría postmoderna del derecho entendiendo por tal una descripción del sistema jurídico visto desde un modelo de tipo evolucionista, en el que el sistema aparece como un orden plural en permanente automutación; el orden jurídico no sería creación de una razón y voluntad ajenas al mismo orden y que produce el orden desde afuera, sino que el derecho se genera a sí mismo, pasando a estados más complejos. Para el pensamiento moderno se trató de trabajar con un modelo de «equilibrio» en la formación del orden social, donde era pensable un mundo de reposo en que las fluctuaciones de la vida social terminaban por ser canceladas; en la actualidad, la creciente artificialización de la sociedad dentro de un proceso en que se transita desde la sociedad de los individuos a la sociedad de las organizaciones, que se organizan a sí mismas, se debe trabajar con un modelo de «desequilibrio». Se trata de mantener una pluralidad de racionalidades parciales dentro de un orden, sin pretender eliminar el «desorden», por la emergencia de nuevas posibilidades.

176 Vid. LEVILLAIN, P. – VAUCHEZ, A., *Le code de 1917 et le Code de 1983. Tableau comparé*, in: *Les quatre fleuves*, 18 (1983) 145-152; OCHOA, X., *L'index verborum ac locutionum Codex iuris canonici*, Roma: 1983.

177 La publicación del texto oficial del nuevo CIC, fechada el 25 de enero de 1983, se presentó provista de un aparato de fuentes, al igual que sucediera con el código de 1917. Sin embargo, coincidiendo con el sexto aniversario de su promulgación, la Pontificia Comisión *Codicis Iuris Canonici recognoscendo* ha incorporado en la nueva edición una descripción de las fuentes y un índice analítico-alfabético, cuya autoría se atribuye a la Pontificia Comisión de Interpretación del Código, y es el resultado de la participación de un grupo de oficiales de la Curia Romana y de diversos juristas. Como advierte la *praesentatio* de la nueva edición del CIC de 1983: *opus expletum longe est a perfectione*, y ciertamente se ofrece un instrumento de trabajo, que no elude una búsqueda de las fuentes, por parte de los estudiosos de la materia. Debemos resaltar el alto número de cánones que pasan del código de 1917 al nuevo de 1983, así como la abundancia de documentos del magisterio eclesiástico reciente y disposiciones provenientes del Vaticano II.

Nadie duda que el mundo romano, y especialmente los juristas romanos han recibido un profundo influjo de los principios importados de la filosofía y lógica griegas. No es de extrañar que el primer manual sistemático para los estudiantes aparezca en el Principado y esté redactado por un jurista, Gayo, que escribió sus Instituciones hacia la mitad del siglo II d. C. Cuando Justiniano, en el siglo VI d. C., hizo redactar las diversas partes de su Compilación que se llamará en el siglo XVI *Corpus Iuris Civilis*, decide que haya un manual adaptado a su época, e igualmente se llamará Instituciones, publicadas el año 533. Se trata de una reedición, puesta al día, de la obra de Gayo, junto a otras fuentes jurisprudenciales clásicas, incluso de la misma literatura didáctica, y estas Instituciones justinianas tuvieron un gran éxito, puesto que fueron ampliamente utilizadas hasta la Edad Contemporánea. Es verdad que no es en la Instituta de Justiniano donde se puede buscar el conjunto de reglas romanas adoptadas por el derecho canónico a lo largo de los siglos, pero esta obra didáctica, redactada por profesores y no por abogados, presentaba el derecho romano en una exposición perfectamente clara y lógica.

Y, sin descender al detalle, los juristas medievales y modernos adoptaron su plan de conjunto que se encuentra en numerosos códigos del siglo XIX. Gayo había dividido su obra en cuatro libros, retomados por Justiniano: después de las generalidades, se estudia el derecho de las personas, el derecho de cosas y el derecho de acciones. Este mismo esquema aparece en el plan del Código de 1917: las reglas generales van seguidas del derecho de personas, mientras que el libro III trata de las cosas eclesiásticas y el IV de los procesos, mientras que el libro V se refiere a los delitos y penas. Esta imitación, esta recepción del plan de las Instituciones y de los códigos seculares del siglo XIX se justifican perfectamente si se tiene presente que los canonistas y teólogos definían entonces a la Iglesia como una «sociedad jurídicamente perfecta» y por tanto su Código debía, *mutatis mutandis*, contarse entre el número de las grandes codificaciones seculares de los tiempos modernos.

Aquello que va a aparecer netamente con el Vaticano II es que la finalidad de la Iglesia no se corresponde exactamente con los Estados laicos, puesto que estos últimos procuran ante todo asegurar las mejores instituciones posibles sobre este mundo, mientras que la Iglesia se preocupa ante todo de conducir a sus fieles para el más allá. Pablo VI lo ha precisado en estos términos que evitan cualquier comentario: el nuevo Código debe hacer aparecer más claramente el carácter espiritual del trabajo jurídico, el cual sale de la naturaleza sacramental de la Iglesia»¹⁷⁸.

178 Hemos seguido sustancialmente en esta parte la opinión de J. Imbert, recogida en *Le code de Droit canonique de 1983 et le Droit romain*, in: Satura Feenstra, Fribourg: 1985, 679-692.

No se trata simplemente de mejorar el antiguo Código, sino de trasvasar al nuevo Código el espíritu del Concilio y sus principios fundamentales y es lo que refleja perfectamente el plan adoptado en varias etapas: proyectos de 1968, de 1977 y más tarde de 1980. Estos diversos esquemas muestran una tendencia a una modificación sensible en el número de artículos: en 1977, 1810 cánones; en 1980, 1728 cánones, y el texto definitivo 1752 cánones, bastante menos que el Código de 1917 que incorporaba 2414, si bien el último proyecto de código promulgado ha insertado los 38 cánones que anteriormente debían estar incluidos en la Ley Fundamental de la Iglesia, cuyo proyecto fue definitivamente abandonado¹⁷⁹.

Es inútil insistir sobre el hecho que el nuevo Código, al igual que el anterior de 1917, es ante todo una recogida de normas jurídicas y no una enumeración de preceptos teológicos: en consecuencia, nada tiene de extraño que haya un libro VI dedicado a los delitos y a las penas, y un libro VII que trata de los procesos, los cuales responden respectivamente a los libros V y VI del antiguo código; además era indispensable precisar los principios jurídicos generales que regulan las fuentes del derecho, la condición de las personas físicas y morales y el régimen de los oficios eclesiásticos, el cómputo del tiempo, todo cuanto necesita un libro I dedicado a las normas generales. No era posible dejar de hablar de la asistencia material que asegura la inserción de la Iglesia en la vida socio-económica. El proyecto del Código de 1977 titulaba su libro V: «del derecho patrimonial de la Iglesia»; esta expresión jurídicamente discutible ha sido sustituida en la promulgación del Código por la *De bonis Ecclesiae temporalibus*, remedando al libro III del Código de 1917, que a su vez había seguido en este punto tanto las Instituciones de Gayo como las de Justiniano. En estos ámbitos ciertamente la sociedad eclesial no difiere mucho de otras sociedades, y se comprende fácilmente que el código canónico no se separe sensiblemente de los códigos seculares, fuertemente influidos por la tradición histórica del Derecho romano.

El carácter sobrenatural de la Iglesia, sus preocupaciones sacramentales (conforme a la expresión formulada por Pablo VI), su finalidad dirigida más allá del mundo temporal debían, por el contrario, conseguir el abandono del proyecto y contenido del libro II, inspirado en Gayo y Justiniano y dedicado al ámbito de las personas. Diversas proposiciones fueron discutidas desde 1965, y todas ellas trataban de reflejar la eclesiología del Vaticano II. Esta corriente doctrinal concluyó en remplazar el libro II del antiguo Código por tres libros

179 Sobre este proceso, vid. LOMBARDÍA, P., Técnica jurídica del nuevo Código (Una primera aproximación al tema), in: XVIII Semana de Derecho Canónico. Temas fundamentales en el nuevo Código, Salamanca: 1984, 145-168.

que dan cuenta de los tres encargos pastorales fundamentales de la Iglesia: santificar, enseñar y gobernar al pueblo de Dios: *De populo Dei*, *De Ecclesiae munere docendi* y *De Ecclesiae munere sanctificandi*¹⁸⁰.

En conclusión, el proyecto que ha prosperado en el Código de 1983, manteniendo el trasfondo netamente jurídico, está mucho más adaptado a la especificidad y a los fines propios de la Iglesia, y conserva una impronta del Derecho romano en los aspectos técnicos que no podían eliminarse.

Si examinamos las normas generales del libro primero, de la nueva codificación, vemos que se reitera en el cn. 6, la abolición de las leyes contrarias al nuevo Código, como hizo Justiniano con su Compilación, así como en el cn. 8-2º, se habla de la vigencia territorial de las leyes en general, conforme al principio de Paulo, de modo que quien desobedeciera a quien ejercía la jurisdicción fuera de su territorio quedaba impune, o si no entraba en el ámbito de sus competencias; el cn. 29 sigue recordando que la costumbre es el mejor intérprete de la ley, que es principio tomado del jurista Paulo, con remisión a Juvencio Celso; el cn. 35 recuerda las nociones de *tempus utile* y *tempus continuum*, mientras el cn. 40, advierte de la validez de los escritos, si las peticiones están fundadas en la verdad, según la regla *si preces veritate nitantur*.

Si en la parte cuarta del libro primero, al tratar de los privilegios, hay muchos cánones que son evidente recepción del Derecho romano. Baste recordar el cn. 66-2º y 3º, sobre la transmisión de facultades de un titular a otro, porque el heredero tiene el mismo poder y derecho que su causahabiente; hay privilegios inherentes al cargo, pero otros van a la persona, por lo cual solamente los primeros son transmisibles.

4.1. Derecho de las personas

Si nos fijamos en la normativa que rige las personas, está evidentemente influenciada por conceptos nuevos, forjados a lo largo de los siglos e incluso en el actual; conceptos que nada tienen de común con las normas jurídicas romanas, como por ejemplo cuando el canon 231 § 2 hace la previsión, para los eclesiásticos y los laicos que participan en el culto, de las prestaciones de seguridad social y de asistencia sanitaria (*securitati sociali et assistentiae sanitariae*) ya que resulta inútil buscar la fuente de su inspiración en los textos jurídicos romanos.

180 Una brillante exposición, del nuevo enfoque de la normativa canónica, vid. SERRANO RUIZ, J. M., *El espíritu del derecho canónico. Una reflexión sobre los grandes principios inspiradores del ordenamiento jurídico de la Iglesia católica y alguno de sus institutos más característicos*. Discurso leído el 15 de mayo de 1986... Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid: 1986, 20-109.

La persona física, en sus elementos esenciales, parece sin embargo regulada en todos los casos por las reglas romanas, a pesar de que no aparezcan explícitamente enunciadas en el nuevo Código. Así resulta evidente que se ha querido evitar, a propósito del niño concebido, mantener los detalles de la regulación romana que habían recogido algunos cánones del código de 1917, cuyas prescripciones no han sido retomadas por el nuevo Código, que resume en el único artículo 871 la posición de la Iglesia: «Los fetos abortivos, si viven, serán bautizados en la medida que sea posible».

Se puede deducir que solamente éstos, que han nacido vivos, son susceptibles de recibir el bautismo, igualmente que en el Derecho romano estaba previsto que los que habían nacido muertos no eran considerados como nacidos o procreados. Se podrá considerar que el nuevo Código está más próximo a las concepciones romanas en la medida en que a los que han nacido y mueren sin estar bautizados no se les excluye totalmente de la comunidad eclesial y se benefician de la sepultura eclesiástica, siempre que sus padres tengan la intención de bautizarlos, a tenor del canon 1183 §2¹⁸¹.

Nada debe extrañar, respecto de las reglas que se refieren al domicilio o a la residencia de los menores y de los mayores, que reproduzcan aquellas que estuvieron vigentes en la antigua Roma, incluidas las de los emancipados, mencionados por primera vez en el código de 1983 (canon 105 § 1), si bien para la emancipación se ha utilizado la referencia no a las normas canónicas, sino al derecho nacional (*ad normam iuris civilis*)¹⁸². No es preciso señalar que el cómputo de líneas y grados, heredado del Derecho romano, se ha mantenido

181 El infante está sometido, en el nuevo Código, a las mismas disposiciones que las que establecía el Derecho romano, aunque el cálculo de edad es diferente en ocasiones. Minoridad y mayoría de edad están claramente diferenciadas en el canon 97, y en la menor edad se distingue netamente entre el niño que es menor de 7 años y aquel que ya los tiene y que es considerado como dotado de uso de razón. Los menores —y el Código entiende por tales los que no han llegado a los 18 años— están como en derecho romano sometidos al poder de sus padres o en su lugar del tutor (canon 99). Hay que observar que, si en el terreno procesal, la *restitutio in integrum*, institución típicamente romana, se ha mantenido (cánones 1645 a 1648), aquella no se ha previsto expresamente para los menores, a diferencia del Código de 1917 que la consideraba ante todo como un remedio extraordinario en favor de los menores lesionados (canon 1687) y casi subsidiariamente en favor de los mayores de edad. También hay que resaltar que los que habitualmente están privados de razón vienen asimilados pura y simplemente a los infantes (canon 99). Conforme al derecho romano se encuentra igualmente la institución de los curadores, tanto para los menores como para algunos adultos, en varios artículos del nuevo Código.

182 Según Piñero Carrión (Nuevo Derecho Canónico. Manual práctico, Madrid: 1983, 732), el elenco de referencias al Derecho civil, por parte del nuevo CIC, se puede concretar en los siguientes cánones: cn. 30, sobre recepción del Derecho civil; cn. 95: tutores; cn. 103: adopción; cn. 190: prescripción; cn. 844: adoptantes en partida de bautismo; cn. 1094: derechos sociales del trabajador, propiedad y administración; cn. 1290: contratos; cn. 1103: donaciones; cn. 1213: juez civil para los efectos civiles del matrimonio; cn. 1219: tutor o curador; cn. 1250: cuestión prejudicial del esposo fallecido; cn. 1265: acción posesoria; cn. 1272: impugnación de sentencia arbitral, y cn. 1273: modos de evitar un juicio.

en el nuevo código, mientras que las huellas de la influencia de derecho germánico (que había marcado intensamente la Edad Media y subsistía todavía en el Código de 1917) ha desaparecido en su totalidad.

La consanguinidad en línea recta, que ya era un impedimento en Derecho romano, mantiene la eficacia de provocar la nulidad del matrimonio; en la línea colateral, mientras que el Código de 1917 prohibía el matrimonio hasta el tercer grado inclusive, el nuevo Código eleva el impedimento al cuarto grado (canon 1091 § 2), aunque en opinión de Imbert¹⁸³, si hay semejanza entre la tradición romana y el artículo 1091, no se debe a una influencia romana, directa o indirecta.

Como había previsto la legislación justiniana y a pesar de la afirmación de San Pablo que proclamaba al hombre jefe de la mujer, ésta en principio es igual al hombre en todos los actos de la vida diaria. En el matrimonio, cada uno de los esposos tiene el mismo *officium* y el mismo derecho, en todo lo que respecta a la vida conyugal (canon 1135); cada uno, conforme al derecho vigente, puede elegir su enterramiento (canon 1180 §2).

Se puede deplorar que hayan desaparecido del Código de 1983 los preceptos que figuraban en el de 1917, autorizando expresamente a las mujeres para administrar bienes eclesíásticos (canon 1520 §1; 1.521 §2) y en el supuesto de que no hubiera un hombre presente, administrar el bautismo en caso de necesidad (canon 742 §2) y a servir la Misa (canon 813 § 2).

Es posible defender, sin embargo, que estas facultades han sido ampliadas a tenor del canon 230 del nuevo Código, puesto que el § 1 habla de *virī laici*, mientras que el §2 y el §3 solamente refieren el término *laici*, que incluye a las mujeres, y por consiguiente éstas pueden, tomado el texto en su significado literal, dirigir las plegarias litúrgicas, conferir el bautismo y distribuir la santa comunión aunque los hombres estén presentes, como vemos en la práctica litúrgica habitualmente¹⁸⁴.

En cuanto a la administración de bienes de la Iglesia se puede deducir de la expresión *omnes, sive clerici sive laici*, que aparece en el canon 1282, la posibilidad para las mujeres de ejercer esta función. Pero es que incluso en la última etapa del Derecho romano las mujeres venían excluidas de todo ejercicio relacionado con la función pública. Habría que situar el origen de la

183 IMBERT, J., Le code de Droit canonique de 1983 et le Droit romain, in : Satura Feenstra, Fribourg: 1985, 685.

184 En el Código de 1983, cuando se utiliza el término laico, se está refiriendo conjuntamente a hombres y mujeres, como vemos en ccn. 230 &1 y 1024. Los esquemas previos al texto definitivo del código, hablaban de *laici sive viri sive foeminae*, aunque dicha expresión fue eliminada, para mostrar con claridad la intención del legislador.

regla tradicional que impide a las mujeres acceder a las funciones sacerdotales en esta situación de Roma? En opinión de Imbert¹⁸⁵, que compartimos, no hay seguridad en la respuesta. En cualquier caso, el canon 1024 del nuevo Código reproduce el antiguo §1 del canon 968: *Sacram ordinationem valide recipit solus vir baptizatus*¹⁸⁶.

No se encuentra en el nuevo Código el canon correspondiente al 1312 §1 de 1917 que preveía, conforme a los principios romanos, que «el que tiene poder superior sobre la voluntad del autor del voto puede hacer este voto nulo válida y lícitamente»: en consecuencia, el marido podía suspender un voto en los ámbitos que afectaban a la vida conyugal¹⁸⁷.

El código de 1983 consagra muchos cánones a las personas morales, llamadas personas jurídicas¹⁸⁸. El derecho romano había sido objeto de recepción en esta materia por la tradición canónica e incorporado en conjunto en la codificación de 1917, salvo en un punto: todas las personas morales debían estar constituidas por la autoridad pública, a tenor del canon 99 y tendrían por consiguiente un carácter público. El nuevo Código retorna a la dicotomía romana y distingue entre personas morales públicas y privadas, distinción que afecta sobre todo a la extinción de estos dos tipos de personas morales (canon 120 y 123 del nuevo Código)¹⁸⁹.

4.2. Los actos jurídicos

La transición entre el estudio del derecho de las personas y el del derecho de los actos jurídicos puede encontrarse en un acto jurídico fundamental para el estatuto de las personas: el matrimonio. Gaudemet en una comunicación de

185 IMBERT, J., o. c., 686.

186 En el nuevo Código se proclama simplemente que los esposos tienen un domicilio o una residencia común (canon 104) salvo en caso de separación legítima o por otra justa causa. El antiguo Código, siguiendo la regla romana, afirmaba que la esposa que no estaba legalmente separada de su marido tiene necesariamente el domicilio de éste. Es fácil entender, en el mundo moderno, que el domicilio del marido no deba ser obligatorio como en Derecho romano, pero el articulado de los cánones debió precisar, en caso de desacuerdo sobre la elección del domicilio, los medios de resolver el conflicto sin necesidad de recurrir al juez canónico para determinar «una justa causa» de domicilio separado.

187 Parece que, en el futuro, la mujer puede hacer su voto sin consentimiento del marido, a menos que se considere que el marido está directamente afectado por la materia del voto: en este caso, podría suspender la obligación del voto, en virtud del canon 1195 del nuevo Código. La redacción de la nueva normativa parece implicar que el marido no posee ya la *potestas in voti materiam*, exigida por el canon 1195 para suspender el voto.

188 Vid. RUBIO RODRÍGUEZ, J., Fuentes sobre las fundaciones, en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos, Córdoba: 1999.

189 Solamente la Sede Apostólica está habilitada para suprimir un Instituto de Religión (canon 584 §1), y este supuesto evidentemente no estaba previsto en Derecho romano.

1981, a la Académie des Sciences morales et politiques¹⁹⁰, concluía afirmando: «En conservant le strict consensualisme comme seule forme du mariage, le projet de Code défend la doctrine des juristes romains». Este jurista tiene razón en la medida en que el nuevo Código hace descansar el matrimonio sobre el consentimiento «acto de voluntad por el cual el hombre y la mujer se unen por un pacto mutuo irrevocable» (canon 1057).

Se trata de una concepción evidentemente heredada del Derecho romano, que se aparta tanto de las costumbres germánicas del primer milenio como de otras actuales de algunas áreas jurídicas.

Hay en esta materia, no obstante, una gran separación entre las concepciones romanas y las del nuevo Código, que es fiel a una larga tradición formada a lo largo de la Edad Media y siglos posteriores¹⁹¹. A modo de ejemplo citemos los fines del matrimonio; éste está ordenado por su carácter natural al *bonum coniugum*, y a la generación y educación de los hijos (canon 1055 §1¹⁹²), intención que no aparece desarrollada en los juristas romanos; la indisolubilidad, proclamada en el canon 1.056 como una de las propiedades esenciales del matrimonio, estaba muy lejos de aplicarse en Roma, incluso en la última etapa del Derecho romano. El papel de la *copula carnalis* era desconocido para los romanos, y conforme al Concilio de Trento, retomado por el Código de 1983, solamente son válidos los matrimonios celebrados en presencia del sacerdote y dos testigos, regla totalmente ignorada por la jurisprudencia romana. El término *foedus*, redescubierto por el Vaticano II y acogido en el canon 1055, tiene evidentemente una resonancia bíblica mas que romanística, como ha demostrado Zimmermann¹⁹³, y no aporta ninguna idea nueva a la concepción tradicional del matrimonio canónico.

Como todo contrato, el matrimonio puede verse afectado cuando aparecen vicios de consentimiento tales como error¹⁹⁴, dolo, intimidación o miedo grave¹⁹⁵, pero al contrario que en el Derecho romano, estos vicios deben estar

190 GAUDEMET, J., Codification et réforme du droit de l'Eglise catholique, in: Revue des Sciences morales et politiques, 137 (1982) 410.

191 Vid. la valoración crítica que hace WRENN, L. G., *Updating the Law on marriage*, in: The Jurist, 27 (1967) 267-282.

192 Cf. *Código de Derecho Canónico*. Ed. bil. com., por los Prof. de la Fac. de Derecho de la Universidad Pontificia de Salamanca, bajo la dir. de L. de Echeverría, Madrid: BAC, 1985, 503, señalando que esta definición recuerda las definiciones romanas de Ulpiano y Modestino. En el mismo sentido, *Code de Droit Canonique annoté*, París: Cerf, 1989, 563.

193 ZIMMERMANN, M., *Mariage et Code de Droit canonique*, in: Documentation internationale, 1975-1983, RIC supplément 84-85, Stasbourg: 1983, 160.

194 Cf. MINARDO, M. C., *La rilevanza dell'errore nel matrimonio nel Diritto Canonico, nel Diritto Romano e nel Diritto italiano*, Roma: 2007.

195 Cf. IO IACOMO, P., *Il timore come causa di nullità matrimoniale dopo il nuovo CIC latino*, in: Apollinaris, 62 (1989) 59-67.

más acentuados que en los contratos ordinarios. Así el dolo causado para obtener el consentimiento no hace inválido el matrimonio a no ser que verse sobre una cualidad de la persona que perturbaría gravemente la vida conyugal (canon 1098).

La introducción del dolo, como elemento invalidante del consentimiento matrimonial, es una novedad, y esta recepción de una institución romana es un ejemplo típico de utilización inteligente de una categoría antigua en un contexto nuevo. Igualmente el error sobre la unidad o indisolubilidad del matrimonio o la dignidad del sacramento no vicia el consentimiento matrimonial si no ha sido determinante de la voluntad (canon 1099).

Como ha observado Mostaza¹⁹⁶ todas las aportaciones del nuevo Código al consentimiento matrimonial se basan en la doctrina del Vaticano II, a tenor de la cual ya no se trata de una entrega-aceptación del *ius in corpus*, como establecía el antiguo canon 1081 §2, sino de la mutua donación de los propios esposos, en frases de la *Gaudium et Spes*, nn. 48 y 49, que genera una *intima communitas vitae* o la *totius vitae consuetudo et communio*, de donde dimana el canon 1055 §1 vigente según el cual el consorcio de toda la vida, que es el matrimonio, está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges, además de la generación y educación de la prole.

Consecuencias más novedosas del principio, desde la perspectiva de la normativa romana, aparte de cuestiones terminológicas, como en el canon 1.096, en el cual se ha sustituido la palabra *societas* respecto del matrimonio, por la clásica del *consortium*, son las siguientes:

1. Eficacia invalidante del error sobre una cualidad del contrayente directa y principalmente deseada (canon 1097 §2).
2. Eficacia invalidante del error doloso sobre una cualidad que por su propia naturaleza perturba gravemente la vida conyugal (canon 1098).
3. Nulidad de todo matrimonio con condición de futuro (canon 1102 §1).
4. Supresión del requisito de injusticia en el miedo extrínseco y eficacia de todo miedo grave y externo, aunque no sea inferido con miras al matrimonio (canon 1103).

Estas precisiones han sido aportadas en el curso de la elaboración de la normativa canónica. En múltiples actos jurídicos, como por ejemplo en las elecciones canónicas, el *metus* y el dolo son entendidas como en Roma (canon 172 §1); del mismo modo, conservan su antiguo significado en la renuncia de los

196 MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., Aportaciones al consentimiento matrimonial, in: XVIII Semana de Derecho Canónico. Temas fundamentales en el nuevo Código, Salamanca: 1984, 327.

oficios eclesiásticos el *metus*, *dolus* y error sustancial (canon 188), e incluso la admisión en el noviciado puede estar viciada por la *vis*, *metus* grave o el *dolus* (canon 643 §1 4º). Todo el título VII del libro primero sienta el principio de que todo acto jurídico no debe, en modo alguno, venir atacado de violencia, ignorancia, error, y dolo, conforme a los principios heredados de la jurisprudencia romana, y este principio aparece recogido, con modalidades diferentes según los casos, en el derecho de los contratos.

En el ámbito contractual no estrañará la desaparición en el Código de 1983 de una referencia romana que había conservado sin fundamento el código de 1917: manteniendo en el moderno Código la referencia a contratos *in genere* o *in specie*, ha desaparecido íntegramente la distinción romana entre contratos nominados y contratos innominados, ya que es obsoleta (canon 1529 del Código de 1917; canon 1290 del Código de 1983)¹⁹⁷.

4.3. *Justicia, derecho penal y jerarquía*

Resulta bien conocido que la organización judicial, civil o penal de la Iglesia ha sido intensamente inspirada por el Derecho romano y nada extraña que el Código de 1983 conserve esta impronta, tanto en las estructuras como en el procedimiento o el vocabulario. Como ha puesto de manifiesto Gauthier¹⁹⁸ el primer libro conjuntamente con el libro VII *de processibus* son las partes del Código donde la huella romanística resulta más evidente.

En el nuevo Código hay un título denominado *De re iudicata y de restitutione in integrum* (cnn. 1641 a 1648). Hay que suponer que los canonistas de nuestro tiempo conocían mejor el Derecho romano que los de principios de siglo, ya que los redactores del nuevo Código han considerado útil dar en 1983 una definición exacta de *restitutio in integrum*, que figuraba en el cn. 1689 del código de 1917, canon inspirado indubitadamente en los precedentes romanos¹⁹⁹.

197 Sobre la vigencia en Derecho canónico de los conceptos romanos que han pasado a los códigos modernos de inexistencia, ineficacia y revocabilidad, vid. PALOMBI, R., *Aspetti dell'invalidità dell'atto giuridico nella vigente legislazione canonica*, in: Apollinaris, 66 (1993) 219-250.

198 GAUTHIER, A., *La part du Droit romain dans le Code de 1983*, in: *Le Nouveau Code de droit canonique*, V Congreso internacional de Derecho Canónico, Ottawa: 1984, 46.

199 Sin embargo no se trata, ni en 1917 ni en 1983, de un simple calco de las reglas romanas que a lo largo de los siglos han sido adaptadas, corregidas, mejoradas para introducir en su seno la equidad canónica o para adaptarlas a las nuevas condiciones sociales y jurídicas que evolucionan sin descanso, a pesar de lo cual no existe duda alguna que la influencia del derecho romano sigue subyaciendo en toda la estructura judicial, en la organización de los procesos (donde, por ejemplo, el nuevo código habla todavía de la *litis contestatio*), en el sistema de pruebas, etc.

Los comentaristas han observado que muchos artículos del Código de 1917 han desaparecido en 1983, pero esto era algo normal especialmente en el campo del derecho penal donde se suprimieron múltiples detalles de carácter disciplinario, a menudo inútiles. En cambio puede llamar la atención la eliminación de algunas prescripciones técnicas, que figuraban en el Código de 1917, como por ejemplo en sus cñn. 1679 a 1683, que describían el procedimiento de la acción de declaración de nulidad de los actos o de los contratos²⁰⁰.

La estricta jerarquía judicial, cuyo nivel supremo está en Roma, no podía establecerse de este modo sino porque toda ella descansa en una estructura fuertemente jerarquizada de poder, cuya fuente se encuentra de modo manifiesto en el Romano Pontífice. Desde Gelasio en el siglo V (492-496) se defiende una concepción monocrática del papado, y el Pontífice ha utilizado los conceptos romanos para apoyar su autoridad. Aunque el Papa no es el emperador del mundo entero, ni se puede comparar con los augustos o césares, la concepción romana del poder se encuentra todavía en el actual Código, en sus cánones 331 y siguientes, más claramente que en el de 1917: el Papa goza del poder ordinario supremo, pleno, inmediato y universal en la Iglesia, y a él le corresponde determinar el modo de ejercitar su función, conforme a las necesidades de la Iglesia, ya personalmente ya colegialmente (cn. 333 § 2). Esta *potestas* comporta necesariamente no solamente el poder ejecutivo y judicial, sino también el poder legislativo, y aunque son los mismos poderes que tienen los obispos en sus diócesis respectivas (cn. 391), esta legislación episcopal no puede más que completar la legislación pontificia, fuente primera del derecho²⁰¹.

La interpretación auténtica de la ley viene reservada al mismo legislador, o a quien este se lo encomiende: los emperadores Juliano y Justiniano formularon ya esta regla, que aparece referida en el canon 17, de 1917, y en el cn. 16, de 1983.

Como consecuencia lógica del principio indicado, tanto en Derecho romano como en los dos Códigos canónicos del siglo XX, la costumbre no puede tener valor de ley a no ser que la apruebe el legislador (cn. 25 del CIC,

200 En ellos se fijaba un modo de actuación que era contrario con la tradición romanística, en la que se consideraba que todo acto realizado violando un derecho era nulo de pleno derecho, sin que hubiera necesidad de constatar esa nulidad en el orden judicial. Puesto que estos preceptos no han sido recogidos en el Código de 1983, cabe la duda de si se conserva su eficacia por vía tácita o al contrario se defiende en adelante la nulidad de pleno derecho del Derecho romano.

201 Un avance considerable se ha producido en 1983 respecto del código anterior que había imitado en este ámbito normativo el silencio del derecho romano. Los cánones 1732 a 1739 del actual Código prevén los recursos contra los actos administrativos, garantizando de este modo los derechos de la persona contra los abusos de la autoridad, precisando los plazos de los recursos jerárquicos y contenciosos. Es una de las nuevas conquistas del Código vigente.

de 1917, y cn. 23, de 1983). En estas condiciones llama la atención que el canon 26 del nuevo Código hable de la costumbre *contra legem*, la cual, si es centenaria o inmemorial, puede incluso prevalecer sobre la ley: se trata de una larga tradición medieval, fundada en algunos textos del Digesto.

Los poderes del Romano Pontífice implican otra consecuencia: junto a las leyes, el Papa puede promulgar otras decisiones que el nuevo Código denomina con el nombre de «decretos» o de «preceptos singulares: *De decretis et praeceptis singularibus*, mejor definidos que en el Código de 1917, además de los rescriptos, privilegios y dispensas. Aunque se ha conservado la terminología romana, su contenido ha cambiado y está manifiestamente inspirado en nociones modernas más que en las definiciones romanas. Gauthier²⁰² encuentra otro aspecto de recepción del Derecho Romano en la desaparición de la noción de *beneficium* y su sustitución por la de *officium*, cuya inspiración romana es mucho más clara.

En medio de este conjunto de normas jurídicas, la noción de equidad, y particularmente la *aequitas* canónica no ha desaparecido en 1983, aunque los cánones que se refieren a la misma son menores en número que en el de 1917: el canon 19, nuevo en el Código de 1983, la menciona expresamente como adyuvante de los principios generales del derecho, así como el canon 1752.

CONSIDERACIÓN FINAL

De lo que antecede, podemos entender que no se puede asumir en su literalidad aquellos adagios propios del mundo jurídico medieval, a tenor de los cuales *legistae sine canonibus parum*, pero, con mayor alcance, *canonistae sine legibus nihil*, aunque podemos mantener el principio entronizado durante siglos: *Ecclesia lege romana vivit*.

Compartimos, con Imbert, dos notas especialmente distintivas del vigente cuerpo legal canónico:

En primer lugar, parece que el Código de 1983 responde al deseo expresado por Pablo VI en su alocución de 20 de enero de 1970: «Hoy se trata de hacer surgir la ley canónica de la esencia misma de la Iglesia de Dios, por lo cual la ley nueva y original es la ley evangélica del amor». Apartándose netamente del Derecho romano, el plan del nuevo Código, y la gran mayoría de sus cánones, traducen esta idea fundamental, y representa un aspecto positivo.

202 GAUTHIER, A., *La part du droit romain...*, o. c., 45-49.

Pero, en segundo lugar, como se trata en definitiva de recoger en un Código un gran número de leyes precisas, algunas con el añadido de unas sanciones, el recurso a un vocabulario adecuado, a instituciones fuertemente estructuradas, era necesario, por lo cual los redactores del Código han utilizado naturalmente el legado de Roma, transformado y vivificado por la contribución de los canonistas medievales y sus sucesores²⁰³. Menos utilizado y menos perceptible que en el Código de 1917, el Derecho romano no ha desaparecido de la codificación de 1983.

Podemos concluir con Boucaud²⁰⁴: «*Viget ergo Ius Romanum apud ius Ecclesiae Romanae. Roma, iuris antiqui civitas, facta est caput Ecclesiae catholicae novaque Ierusalem Christi regis; ac Vaticana civitas, forum hodiernum Romani Iuris. Sicut fas initio reipublicae Quiritium, hoc ius est denuo pontificium. Fas autem Romanorum Pontificum nunc est ius catholicum, id est, universum, gentibus accomodatum omnibus, nec ut vetus abditum in penetralibus pontificum, sed iuris peritis apertum universis. Nunc auctoritate pollet qua gaudet ipsa pacifici imperatoris Ecclesia Christi*».

Juan Iglesias²⁰⁵, sostenía que «conviene a los historiadores del Derecho romano que se aficionen a la busca de grandes visiones, de dilatados panoramas, de magnas perspectivas, para que la minuciosa indagación sobre los ingentes pormenores, no pare en mero agregado mecánico y quieto, paralítico, de particularidades, y rememorando el pensamiento de Vincenzo Arangio-Ruiz, declaraba: «mucho es lo que queda por descubrir y a veces es menester ejercitar el *ars ignorandi*», de modo que no presentamos un fruto definitivo,

203 Cabe aplicar en este ámbito, la reflexión que Rafael Altamira hizo en 1905, a propósito de las lagunas en la Historia del Derecho romano en España, cuando afirma: «L'histoire juridique du peuple espagnol est, parmi les diverses branches particulières qui composent l'histoire générale de ce peuple, une de celles qui sont supposées les plus connues et qui en réalité sont parmi les plus ignorées. En dehors de quelques périodes, la raison en est que nous manquons des deux conditions essentielles à toute construction scientifique », una de las cuales es la presencia de un grupo suficiente de monografías sobre puntos concretos, que permitan analogías y comparaciones para ver la especificidad profunda en su régimen, desde las cuales puedan construirse legítimamente las generalizaciones. ALTAMIRA, R., *Les lacunes de l'Histoire du Droit Romain en Espagne*, Montpellier 1905, p. 3.

204 BOUCAUD, C., *Relationes inter ius romanum et codicem Benedicti XV*, en Acta congressus iuridici internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis, Romae 12-17 novembris 1934, vol. 4, Romae: 1937, 50.

205 IGLESIAS, J., *Miniaturas histórico-jurídicas*, Barcelona: 1992, 156-157. En otro lugar de su producción científica alude al planteamiento de Pietro de Francisci: «Los especialistas, o al menos la mayor parte de ellos, no han creído dignas de su atención las cuestiones generales, y durante un siglo se han cebado en la anatomía de los textos, en la disección de las instituciones, en el análisis de los más sutiles problemas, olvidando a menudo en esta labor —que es también necesaria e importante— el sentido de la grandiosidad del fenómeno histórico, manifestando una absoluta indiferencia por las indagaciones relativas a las ideas generales directrices, a los principios animadores, a las razones de vitalidad y expansión del sistema». Id. *Arte del derecho*, Madrid: 1994, 153.

aunque sí es resultado de un laboreo «espaciado y afanoso», en terminología del docente salmantino.

Finalizamos con otra reflexión del docente salmantino²⁰⁶: «De acuerdo con la definición ulpiana de la *iurisprudentia*, el jurista ha de frecuentar el trato con variadas disciplinas, advirtiendo que el Derecho no sólo vive de sí y por sí. El Derecho es todo uno con la vida humana, y ésta carece de fronteras», por lo cual «a los cultivadores de las Ciencias Sociales resulta obligado superar las barreras de 'lo específico', sin que se deban poner lindes o mojones a las respectivas disciplinas», además de oponerse al intento de borrar las soterradas comunicaciones que median entre ellas.

Oviedo, 16 de diciembre de 2017

Justo García Sánchez

Universidad de Oviedo

206 IGLESIAS, J., *Miniaturas...*, o. c., 21.