

se prohíbe que se haga algo, como por ejemplo cuando se prescribe que no se haga violencia a quien posee sin vicios o que no se haga algo en un lugar sacro. De aquí que todos los interdictos son llamados o «restitutorios», o «exhibitorios» o «prohibitorios» (*Gai.4,139*). Así pues, queda claro que no siendo todos los interdictos prohibitorios, habrá que ver de qué tipo son los interdictos referidos por el autor; en este sentido, es opinión unánime que el interdicto *ex operis novi nuntiatione* es un interdicto restitutorio, y no prohibitorio, ya que persigue la restitución de las cosas a su estado original, ya sea demoliendo lo construido, o construyendo lo demolido; mientras que el interdicto *ne vis fiat aedificandi* sí que tiene como fin una prohibición: *quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto*. Resulta pues erróneo decir que todos los interdictos son prohibitivos y perpetuos; precisamente, respecto de la perpetuidad, debe destacarse que si fuera cierta en todo interdicto, nunca se hubiera planteado la doctrina la polémica entre el carácter penal o no de algunos interdictos, ya que, igual que las acciones penales suelen ser anuales, así también los interdictos penales; por ello se ha discutido, entre otras cosas, si el interdicto *quod vi aut clam* y el *unde vi* son penales, por ser anuales. Pues bien, la característica de la anualidad, como dice Voci, es uno de los más tenues para indicar el carácter penal<sup>7</sup>, sin embargo, por el contrario, no hay duda de que los interdictos perpetuos no son penales.

JOSÉ M.<sup>a</sup> LLANOS PITARCH

**CASTÁN VÁZQUEZ, José M.<sup>a</sup>: *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)*; Lección inaugural del Curso Académico 1994-1995 de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 28 páginas.**

Después del preámbulo de rigor, se refiere el autor a una obra reciente del civilista peruano Fernández Sessarego sobre el creciente interés científico en torno al concebido y no nacido<sup>1</sup>, y aunque en este punto, como en tantos otros, el Derecho Romano no nos ha legado definiciones categóricas, no podría afirmarse que haya ignorado la realidad de la vida intrauterina, ni que haya negado al concebido algunos derechos; antes bien, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva. El más significativo es, sin duda, el de Juliano en el Digesto (D.1,5,26): *qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*. El autor sigue la opinión de Catalano<sup>2</sup> para quien la igualdad del concebido y del

<sup>7</sup> VOCI, *Risarcimento e pena privata nell diritto privato classico* (Milano, 1939), p. 168.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, 1992.

<sup>2</sup> CATALANO, «Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latino-

nacido, en los *Digesta* de Justiniano, es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas partes del *ius*; tal principio encuentra su correspondencia terminológica en el último libro del Digesto: *Intelligentus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*. El punto de partida se encuentra ya en las XII Tablas, pues recogiendo la opinión de La Pira se afirma que, por motivos jurídico-religiosos, la concepción determina el surgimiento de un nuevo puesto de *suus* en la familia; operando en tal sentido, la *interpretatio* de los juristas en materia de herencia, que es de primera importancia según la más antigua sistemática. Interesa destacar que para Catalano el principio de igualdad entre el concebido y el nacido no es consecuencia de una ficción, esto es, de una construcción imperativa, sino, más bien, de la constatación de una realidad por parte del intérprete; tal constatación parece comprender el reconocimiento del principio general de igualdad ontológica con el nacido, al menos en la era justiniana, por lo cual hay que considerar como excepcionales, siguiendo también el criterio del *commodum* las partes (o causas, o cuestiones) en que no se aplique tal principio (por ej. D. 25,4,1 § 1, y D. 35,2,9 § 1).

Lo que ocurre —como ya denunciara lúcidamente el prof. De Castro añadido por mi parte— es que las modernas abstracciones conceptuales han trastocado el principio de igualdad claramente afirmado en el Derecho romano justiniano; a través de la introducción de los conceptos de persona, personalidad, sujeto de derecho y capacidad jurídica, se ha pasado, de la igualdad ontológica a la excepcional igualación; así, en la doctrina de Savigny, la regla *nasciturus habetur pro nato* sería una simple ficción sólo aplicable a algunas limitadas relaciones jurídicas tales como las sucesorias, siendo también de destacar que esta concepción pandectística-germánica va a encontrar su consagración en el *Codice civile* de 1942. La otra tiene manifestaciones en el área ibérica e hispanoamericana, y a ella va a dedicar su atención el prof. Castán Vázquez.

La Partida 4.<sup>a</sup>, que ha inspirado el Libro I del C.c. colombiano, dedica al *nasciturus* las leyes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del Tít. 23, siendo la primera la que recoge la doctrina romana sobre *qui in utero est*, mientras que la 5.<sup>a</sup>, con el requisito de la figura humana («non aviendo forma de ome») resulta el inmediato precedente del art. 30 de nuestro C.c. Inspirándose en la Partida 3.<sup>a</sup> el jurista valenciano Juan Sala<sup>3</sup> escribirá que, según el estado natural de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres. En la misma línea se encuentra la definición de póstumo en las primeras ediciones del *Febrero*, y el *Diccionario* de Escriche, quien mantiene la división de las personas por su estado natural, en nacidas y concebidas o existentes en el vientre de la madre. Apostilla así Castán

---

americano (A propósito del art. 1 del C.c. peruano de 1984)», vol. colectivo *El C.c. peruano y el sistema jurídico latinoamericano* (Lima, 1986), p. 229 y ss.

<sup>3</sup> SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* (Valencia, 1803), tomo I, p. 4.

Vázquez que este autor mantiene la afirmación de que el concebido *existe* en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

Pero la pérdida de la tradición romana y castellana se advierte ya en la doctrina española de la segunda mitad del siglo XIX por la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos (Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez), y va a culminar en el Proyecto de 1851 que omite cualquier alusión al concebido en la definición de nacido del art. 107.

Al otro lado del Atlántico, va a mantenerse la tradición romana y castellana; así el C.c. chileno dedica sus arts. 74 a 77 a tratar «Del principio de la existencia de las personas», iniciándose con esta tajante declaración: «La ley protege la vida del que está por nacer», y también que «todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento», si bien, a la vista de otros preceptos llega el autor a la conclusión de que no es posible ver una clara adscripción a la tradición romana de una paridad entre el concebido y el no nacido. Por lo que se refiere a la codificación brasileña, más clara es la posición que se mantiene en el famoso *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas, que dedica los arts. 53 a 61 a «las personas por nacer», a las que concede el beneficio de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. Norma esta última que pasó al Código civil argentino de Vélez Sarsfield, y se ha mantenido en las últimas reformas. Títulos como el del siguiente enunciado «De la existencia de las personas antes del nacimiento» permiten adscribir este Código a la más pura tradición romano-castellana. Todavía, y de fecha más reciente, cabe citar el art. 1 del C.c. peruano de 1984, según el cual «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El autor no lleva su investigación a los Códigos europeos y, por tanto, tampoco al nuestro, pero concluye que el reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido.

Bella lección inaugural del prof. Castán Vázquez, que se pronuncia todavía dentro del Año Internacional de la Familia, cuando en España amenaza consumarse una nueva agresión legal a la vida del *nasciturus*.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**COLLINS, H.: *The Law of Contract*, 2nd edn, Butterworths, London, 1993, 399 páginas.**

El autor del libro se propone estudiar el Derecho de contratos tanto desde el punto de vista de su aplicación práctica por los abogados, como su impacto sobre los fines sociales y económicos del mercado. El primer