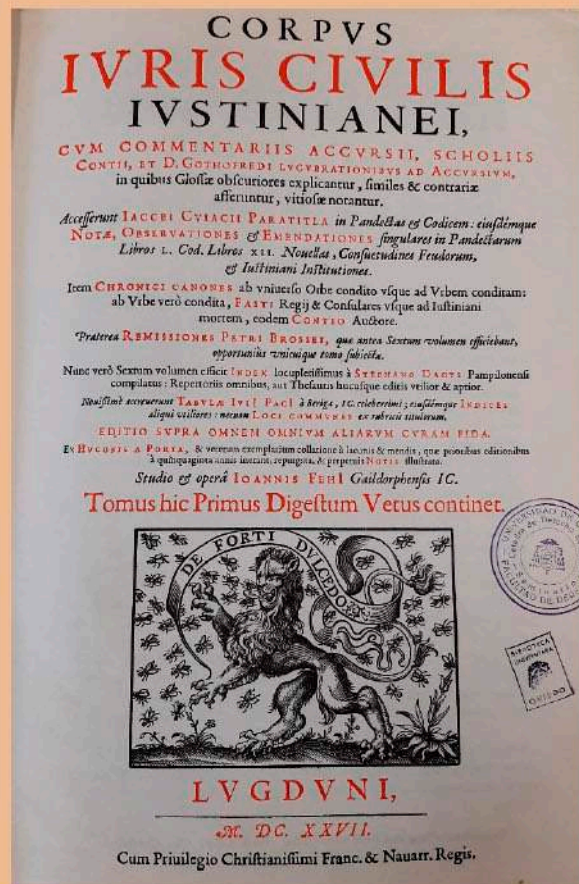


RIDROM

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO



Universidad de Oviedo



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



ÍNDICE NÚMERO 33 Octubre 2024

ARTÍCULOS

- Gage et hypothèque: mots juridiques, mots poétiques.
Pledge and mortgage: legal words, poetic words.
CONSUELO CARRASCO GARCÍA 1
- Derecho y teología en la formación del *ius commune*: la *Summa de matrimonio* de Vacario y la perfección del vínculo matrimonial
Law and theology in the formation of the ius commune: Vacario's Summa de matrimonio and the perfection of the marriage bond
FRANCISCO JAVIER CASINOS MORA 30
- “Lugares de la memoria” y Derecho Romano.
“Places of remembrance” and Roman Law.
TIZIANA CHIUSI 91
- El *metus* como posible causa de ineficacia del negocio jurídico. El caso del *in adulterio deprehensus*.
Metus as a potential cause of inefficacy of the legal transaction. The case of in adulterio deprehensus.
ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ 129
- La permanencia del principio “*mater semper certa est*” después de las técnicas de reproducción asistida.
The permanence of the principle “mater semper certa est” after assisted reproduction techniques.
MARÍA OLGA GIL GARCÍA 181

- Vis grata puellis*: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual desde Ovidio a “la manada”).
Vis grata puellis: current persistence of an old stereotype (brief history of sexual violence from Ovid to “la manada”).
FAUSTO GIUMETTI 230
- La enfermedad mental como causa modificativa de la capacidad de obrar a partir de la recepción del Derecho Romano en España.
Mental illness as a modifying factor of legal capacity from the reception of Roman Law in Spain.
NEREA HERNANZ MONTALVILLO 270
- La prisión por deudas en las Siete Partidas: antecedentes y referencias
Imprisonment for debts in ‘las Siete Partidas’: background and references
ALEJANDRO VALENCIA VIROSTA 298

RECENSIONES

- VALMAÑA OCHAÍTA, ALICIA, *La caza en el mundo romano. Aspectos sociológicos, económicos y jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, ISBN 978-84-1056-344-5, 385 páginas.
SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ 331
- MURILLO VILLAR, HENAR, *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219 págs.
BEATRIZ GARCÍA FUEYO 351
- ROSALÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ, “Mujeres en los difíciles tiempos del Imperio romano de Occidente. Nov. Mai. 5, 6, 7 y 9 (458-459 d.C.)”, Dykinson, Madrid 2022, pp. 424.
ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA 358
- MURILLO VILLAR, HENAR, *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219 págs.
ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA 376

VARIA

Crónica de la presentación del libro “El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad”, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles GONZALO JEREZ ROMERA	382
El oscuro futuro del Derecho Romano en España ARMANDO TORRENT RUIZ	390

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO
ROMANO(RIDROM). ISSN-1989-1970**

DIRECCIÓN

Margarita Fuenteseca Degeneffe, Catedrática de Derecho Romano. Universidad de Vigo

Alfonso Murillo Villar, Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Burgos

Armando Torrent Ruiz, Catedrático de Derecho Romano. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUBDIRECCIÓN

Aránzazu Calzada González, Catedrática de Derecho Romano. Universidad de Alicante

Teresa Duplá Marín, Catedrática de Derecho Romano. Universidad Ramón Llull ESADE de Barcelona

Justo García Sánchez (+), Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

Carmen López-Rendo Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

SECRETARÍA CIENTÍFICA

Patricia Panero Oria, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Barcelona

Alicia Valmaña Ochaita, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Castilla-La Mancha

COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR INTERNACIONAL

José Luis Alonso, Catedrático. Universidad de Zúrich. Suiza.

Mirta Beatriz Álvarez, Catedrática. Universidad de Buenos Aires. Argentina

Carlos Amunátegui, Catedrático. Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile

Lorena Atzeri, Catedrática, Università degli Studi di Milano Statale

Feliciano Barrios, Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha, de la Real Academia Española de la Historia. España

Myriam Benarros. Mestre em Direito Romano e Sistemas jurídicos. Professora de História do Direito e Direito Civil. Centro Universitário CEUNI-FAMETRO, Manaus-Amazonas, Brasil

Rafael Bernad, Catedrático. Universidad Católica Andrés Bello de Caracas

Fabio Botta, Catedrático Derecho romano. Universidad de Cagliari. Italia

Chiara Buzzacchi, Catedrática Derecho romano. Universidad de Milano-Bicocca.
Italia

Fermín Camacho De los Ríos, Catedrático Derecho romano. Universidad Miguel
Hernández de Alicante.

Consuelo Carrasco García, Profesora Titular Derecho romano. Universidad
Carlos III de Madrid. España

Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Murcia. España

Patricio Carvajal, Profesor Asociado. Pontificia Universidad Católica de Chile.
Chile.

Cosimo Cascione, Catedrático. Universidad Federico II, Nápoles. España

Santiago Castán Pérez-Gómez, Profesor Titular Derecho romano. Universidad
Rey Juan Carlos de Madrid. España

Ana Isabel Clemente Fernández, Universidad de Castilla-La Mancha. España

Paula Domínguez Tristán, Profesora Titular Derecho romano. Universidad de
Barcelona. España

Maurilio Felici, Profesor Titular. Universidad de Roma LUMSA. Italia

Thomas Finkenauer, Catedrático. Universidad de Tübingen. Alemania

María Ángeles Herrera García, Profesora Contratada Doctora, Universidad de
Burgos, España.

María de la Fuente Hontañón, Profesora Principal en el Área de Derecho
privado, en la Universidad de Piura. Campus Lima. Perú

Julio García Camiñas, Catedrático Derecho romano. Universidad de A Coruña.
España

Luigi Garofalo, Catedrático Derecho romano. Universidad de Padua. Italia

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de
Castilla-La Mancha. España

Gábor Hamza, Catedrático Derecho romano. Universidad ELTE de Budapest, de
la Academia de Ciencias de Hungría

Ramón Herrera Bravo, Catedrático Derecho romano. Universidad de Jaén.
España

Eva Jakab, Catedrática, Universidad de Szeged, Hungría

Carmen Lázaro Guillamón, Catedrática Derecho romano. Universidad Jaime I
de Castellón. España.

Adela López Pedreira, Profesora Titular Derecho romano. Universidad Rey Juan
Carlos de Madrid. España

Giovanni Luchetti, Catedrático Derecho romano. Universidad de Bolonia. Italia

Belén Malavé Osuna, Catedrática Derecho romano. Universidad de Málaga.
España

Dario Mantovani, Catedrático Derecho romano. Universidad de Pavía, Director
del CEDANT. Italia

Carla Masi Doria, Catedrática Derecho romano. Universidad Federico II,
Nápoles. Italia

Fabiana Mattioli, Catedrática Derecho romano. Universidad de Bolonia. Italia

Rosa Mentxaka Elexpe, Catedrática Derecho romano. Universidad del País
Vasco. España

Carmen Meza Ingar, Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San
Marcos. Lima. Perú

Marilina Miceli, Profesora Adjunta Interina, en la materia Derecho Romano,
Universidad de Buenos Aires (UBA), Asociada a la cátedra de Derecho Romano
en la Universidad Argentina J.F. Kennedy (UAJFK) y docente titular en Derecho
romano en la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Argentina

Lidia Noriega Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de
Vigo

Esperanza Osaba, Catedrática Derecho romano. Universidad del País Vasco.
España

María Dolores Parra Martín, Profesora contratada doctora Derecho romano.
Universidad de Murcia. España

Martin Pennitz, Catedrático. Universidad de Innsbruck. Austria

Xesús Pérez López, Profesor Titular Derecho romano. Universidad Rey Juan
Carlos. España

Bernardo Periñán Gómez, Catedrático Derecho romano. Universidad Pablo de
Olavide de Sevilla. España

Pascal Pichonnaz, Catedrático. Universidad de Friburgo, Suiza

Paul du Plessis, Catedrático. Universidad de Edimburgo. Escocia

Johannes Platschek, Catedrático. Ludwig Maximilians Universität München,
Leopold Wenger Institut für Rechtsgeschichte. Alemania

Eva Polo Arévalo, Profesora Titular Derecho romano. Universidad Miguel
Hernández de Alicante. España.

Gema Polo Toribio, Profesora Contratada Doctora Derecho romano.
Universidad de Castilla-La Mancha. España

Michael Rainer, Catedrático Derecho romano. Universidad de Salzburgo.
Austria

Pedro Resina Solá, Catedrático Derecho romano. Universidad de Almería.
España

José Domingo Rodríguez Martín, Catedrático Derecho romano. Universidad
Complutense de Madrid. España.

Ramón Rodríguez Montero, Profesor Titular Derecho romano. Universidad de
A Coruña. España

Carlos Sánchez-Moreno Ellart, Profesor Titular Derecho romano. Universidad
de Valencia. España

Laura Sancho Rocher, Catedrática de Historia Antigua, Universidad de
Zaragoza

Antonio Dos Santos Justo, Catedrático Derecho romano. Universidad de
Coímbra. Portugal

Claudia Somavilla, Profesora Asociada de Derecho Romano e Historia del
Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
Argentina

José Ángel Tamayo Errazquin, Profesor Titular Derecho romano. Universidad
del País Vasco. España

Gema Tomás Martínez, Catedrática Derecho romano. Universidad de Deusto.
España

Andrea Trisciuglio, Ordinario. Universidad de Turín. Italia

Bernard Keith Vetter, Catedrático. Loyola University of New Orleans

María Vital Da Rocha, Profesora Universidad FA7. Fortaleza. Brasil

EDITORIAL

Universidad de Oviedo



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 21/09/2024	Fecha de aceptación: 22/10/2024
Mots clés: <i>Gage, hypothèque, pignus, droit romain</i>	Keywords: Pledge, mortgage, <i>pignus</i> , Roman law



GAGE ET HYPOTHEQUE : MOTS JURIDIQUES, MOTS POETIQUES

PLEDGE AND MORTGAGE: LEGAL WORDS, POETIC WORDS

Consuelo Carrasco García

Profesora Titular de Derecho Romano

Directora del Instituto de Estudios Clásicos "Lucio Anneo Séneca"

(<https://www.uc3m.es/institutoseneca/inicio>)

Universidad Carlos III de Madrid

(<https://orcid.org/0000-0002-8881-3262>)

(CARRASCO GARCÍA, Consuelo. *Gage et hypothèque : Mots juridiques, mots poétiques*). RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 1-29.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Résumé:

Le point de départ de mon travail est un sonnet de William Shakespeare. Ce n'est pas un texte juridique, même si par sa forme, son lexique et son thème, il semblerait s'y apparenter. Ce que l'on peut retenir du poème ce n'est pas seulement l'emploi de termes juridiques comme le gage, l'hypothèque que le droit romain exprimait avec un seul terme : « *pignus* », mais aussi le fait que la relation obligataire et les différents modes de garantie se convertissent en argument narratif. Le but de mes recherches est de souligner que c'est à Rome que le terme juridique *pignus* a acquis caractère de topos. Depuis, il fait partie de notre patrimoine épistémologique et linguistique. Quelle est l'ultime conclusion ? : Quand nous verbalisons des relations de sujétion et de dépendance nous le faisons en parlant de « gage » et cela signifie que nous continuons à penser en termes « romains » ; cela signifie que nous pensons en accord avec des catégories, des institutions, des figures du droit romain.

Abstract:

The starting point for my work is a sonnet by William Shakespeare. It is not a legal text, even if its form, lexicon and theme seem to resemble one. What we can retain from the poem is not only the use of legal terms such as pledge, mortgage or surety, but also the fact that the obligatory relationship and the various modes of guarantee are converted into a narrative argument. The aim of my research is to highlight the fact that it was in Rome that the legal term *pignus* acquired the character of a topos. Since then, it has become part of our linguistic and epistemological heritage. What is the ultimate conclusion ? When we talk about relationships of subjection and dependence, we do so in terms of `pledge; which means that we continue to think in 'Roman'; terms. More concretely, it means that we think in accordance with the categories, institutions and figures of Roman law.

SUMARIO: I. Le but. II. Le poème. III. Méthode et sources. IV. Du pignus dans un sens technique. V. Du Pignus au sens métaphorique. 1. Pignus amoris : « gage comme garantie ». 2. Pignus comme promesse : pignus comme « contrat de gage ». 3. Quand pignus sont les fils : pignus comme « droit de gage ». 4. Quand pignus désigne « la preuve ». 5. Quand pignus désigne « un pari ». 6. Quand pignus équivant à « otage ». 7. Quand pignus est symbole de se serrer la main droite. 8. Pignus chez Saint Augustin (De civitate Dei). IV. En Guise de conclusion.

I. Le but

Le texte qui suit a été rédigé à l'occasion de ma participation aux « Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit », tenues à Lausanne en juin 2023 sous le titre « Langues et paroles du droit »¹, et constitue un axe de recherche sur lequel je travaille depuis plusieurs années sous l'égide du Projet de Recherche consacré à l'analyse de la définition dans la pensée antique : « *Definitio* : le concept de définition en droit à travers la pensée philosophique et juridique classique ». Projet qui a été initié sous le patronage de l'institution financière Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) dans le cadre de son programme *Logos* de promotion des études

¹ Journées Internationales de la Société d'Histoire du droit (1-4 Juin 2023). Centre de droit privé de l'Université de Lausanne : « Langues et paroles du droit ».

classiques². Mon intérêt se concentre sur les termes juridiques « gage » et « hypothèque », termes que le droit romain exprimait avec un seul terme : « *pignus* ».

Le point de départ de mon travail est un sonnet de William Shakespeare. C'est le poème 134 d'une série qui en compte 154 et qu'il composa vers 1609. Ce n'est pas un texte juridique, même si par sa forme, son lexique et son thème, il semblerait s'y apparenter. Ce que l'on peut retenir du poème ce n'est pas seulement l'emploi de termes juridiques comme le gage, l'hypothèque ou la caution, mais aussi le fait que la relation obligataire (un prêt avec intérêt) et les différents modes de garantie (sûreté réelle et personnelle) se convertissent en argument narratif. Par là même on met en relief le fait que le poète et le public qui est le destinataire du texte sont familiarisés, d'une manière ou d'une autre, avec les concepts que lesdits termes juridiques impliquent.

Le but de mes recherches est de souligner que c'est à Rome que le terme juridique *pignus* a acquis ce caractère de topos, de lieu commun ; depuis, il fait partie de notre patrimoine linguistique et épistémologique car, que nous en soyons conscients ou non, le langage modèle notre pensée³.

² «*Definitio*. El concepto de definición en Derecho a través del pensamiento filosófico y jurídico clásico» PR (19)-CLA-0109 (2020-2023). Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el área de Estudios Clásicos. Programa LOGOS.

³ SAPIR, Edward, *Language : An Introduction to the Study of Speech*, (New York, 1921).

Dans les pages qui suivent j'essaierai de donner des exemples extraits de sources littéraires qui confirment la présence constante du terme *pignus* dans leur production.

II. Le Poème

Sonnet 134 William Shakespeare (1609) / Trad. François-Victor Hugo (1857)

<i>So now I have confess'd that he is thine, And I myself am mortgag'd to thy will; Myself'll forfeit, so that other mine Thou wilt restore, to be my comfort still.</i>	<i>Ainsi, je viens de l'avouer, mon ami t'appartient, et je me suis moi-même hypothéqué à ton caprice. Je m'abandonne à toi tout entier, si tu veux me restituer mon autre moi-même pour ma perpétuelle consolation.</i>
<i>But thou wilt not, nor he will not be free, For thou art covetous, and he is kind; He learn'd but, surety-like, to write for me, Under that bond that him as fast doth bind.</i>	<i>Mais tu ne veux pas, toi, le laisser libre, et il ne veut pas l'être, car tu es cupide, et il est généreux. Il n'a voulu que me prêter sa garantie en souscrivant l'engagement qui le lie ainsi envers toi.</i>
<i>The statute of thy beauty thou will take, Thou usurer, that putt'st forth all to use, And sue a friend, came debtor for my sake; So him I lose through my unkind abuse</i>	<i>Tu veux toucher le billet passé à l'ordre de ta beauté, ô usurière qui places tout à intérêt, et tu poursuis mon ami qui ne s'est endetté que pour moi : ainsi je le perds par ma cruelle indiscretion.</i>
<i>Him have I lost; thou hast both him and me; He pays the whole, and yet am I not free.</i>	<i>C'est moi qui l'ai perdu : nous t'appartenons tous deux : et il a beau tout payer, je n'en suis pas plus libre.</i>

Divisé en quatorze vers en pentamètre iambique, le poème commence par la phrase du protagoniste : « *I have confess'd* / Je viens de l'avouer » en se référant à une dette d'amour face à une prêteuse usuraire, car il se donne avec un intérêt élevé et pour laquelle, de plus, aucune promesse qui lui sera faite ne suffira. Le poème conclut avec une rime qui sert de synthèse à ce qui a été évoqué dans les vers

précédents : aussi, bien le poète que l'ami sont à la merci de l'amante pour qui tout l'amour reçu est bien peu. Ainsi, l'ami, bien qu'il ait respecté la garantie, n'est pas libéré de son engagement, au contraire, il s'avoue vaincu, subjugué par les charmes de la dame, et le second, le protagoniste (le débiteur principal) a dû s'engager pour libérer son ami qui avait donné sa caution.

En incise je dirai que, si tout poème peut avoir autant d'interprétations que de lecteurs, dans le cas des sonnets de Shakespeare il arrive qu'un même lecteur puisse faire différentes lectures étant donné leur forte dimension énigmatique. Pour celui que le poème intéresserait, je conseille de le lire à la lumière du sonnet précédent, c'est-à-dire, le poème 133 auquel le poème 134 fait référence avec le «so / ainsi » qui ouvre le texte.

Si j'ai voulu commencer cette étude avec le poème, c'est parce qu'il s'agit d'un magnifique exemple qui montre comment le vocable (concept) *pignus*, issu du droit romain, où il naît au sein du droit réel, grâce à la jurisprudence et aux prêteurs, a créé des liens avec d'autres domaines linguistiques. C'est par exemple le cas de la littérature créative ou de la littérature d'invention, parfois utilisé comme un terme technique ou, le plus souvent, dans un sens métaphorique.

La question de savoir ce qu'est une métaphore est très débattue par les spécialistes de différentes disciplines qui se sont occupés d'elle, à savoir des linguistes, des philosophes ou des rhéteurs⁴. On

⁴ PRANDI, Michele, *Conceptual conflicts in metaphors and figurative language* (New York, 2017), p. 132 et ss ; ID. *Per una grammatica della creatività metaforica : metafore vive e sciami metaforici*, *Quaderni Borromaici* 5, 2018, pp. 141-159 ;

pourrait dire que, en substance, la métaphore consiste à transférer un concept vers une autre dimension conceptuelle qui lui est étrangère. Quand cet envahissement entraîne un conflit que nous pourrions qualifier de productif⁵ – dans la mesure où le choc sémantique ou conceptuel entre les éléments confrontés fait que tout le système d'idées cohérentes qui tournent autour de l'élément extérieur peut s'appliquer à un environnement étranger – alors nous nous trouvons en présence d'une métaphore vivante. Il est bien connu qu'on doit cette expression à Paul Ricoeur⁶. Sa théorie de la métaphore a plusieurs nuances que je ne peux pas étudier ici, même si j'adopte sa dénomination de métaphore vivante pour éloquente. Elle est vivante, créative parce qu'elle suppose une interaction entre des concepts a priori étrangers entre eux, interaction qui élargit les limites de la connaissance de la réalité traitée.

C'est exactement ce qui se passe avec la métaphore de notre poème. Elle applique au terrain envahi, c'est-à-dire à la relation amoureuse, l'ensemble des implications liées au concept envahissant, c'est-à-dire au gage comme garantie d'une obligation. En opérant ainsi, le poète réussit à transmettre au lecteur des sentiments difficiles à nommer, tout comme il accentue la sensation de profondeur et d'intensité avec laquelle ces sentiments ou ces émotions se vivent.

Ainsi, le désir compulsif de s'abandonner et d'être aux mains de la personne aimée, lié à la peur de ne pas être aimé en retour – ou pas

GALGANO, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, (Bologna, 2010).

⁵ WHEELWRIGHT, Philip, *Metaphor and Reality*, (Indiana, 1962).

⁶ RICOEUR, Paul, *La métaphore vive*, (Paris, 1978).

autant – se comprend plus facilement si on évoque la situation de nécessité de celui qui recourt à un prêt, et son angoisse de devoir engager son patrimoine personnel, ainsi que la peur de mettre en danger l'amitié quand on a recours à un ami comme garant.

De plus, les spécialistes pensent généralement que «la compréhension de la métaphore ne s'appuie pas sur la captation logico-sémantique d'inférences, mais qu'elle est bien plutôt dans la captation d'un faisceau de conséquences qui impliquent le transfert du « cadre » (concept du domaine envahi) vers le « foyer » (concept envahisseur). J'utilise ici la terminologie employée par le philosophe analytique Max Black⁷.

Ce que je veux dire c'est que, pour que les lecteurs de Shakespeare appliquent au sentiment amoureux du protagoniste du poème les tribulations que le débiteur hypothécaire vit, et qu'ainsi ils comprennent mieux sa peine, il n'est pas nécessaire qu'ils connaissent toutes les particularités techniques de l'opération juridique mentionnée – le prêt hypothécaire –, mais qu'il suffit qu'ils comprennent l'ensemble des topiques partagés par une communauté linguistique dans ce domaine.

III. Méthode et sources

Dans les pages qui suivent j'essaierai de donner des exemples extraits de sources littéraires qui confirment la présence constante du

⁷ BLACK, Max, *Models and Metaphors*, (Ithaca Cornell University Press, 1962).

terme *pignus* dans leur production : parfois dans leur acception technique et parfois comme sujet de métaphores. Des métaphores qui peuvent être « vivantes » ou « mortes » – dans ce cas appelées « lexicalisées » parce qu’elles sont devenues des métaphores de la vie quotidienne –, qui se sont ajoutées dans la pensée courante en tant que concepts cohérents et partagés⁸.

Parmi les différentes bases de données mises à disposition pour mener à bien une étude de ces caractéristiques, j’ai utilisé *The Library of Latin Text* de Brepols⁹, parce qu’elle englobe un spectre plus large de temps et de genres littéraires, mais avec l’aide de *Musisque Deoque* – poésie latine depuis les origines jusqu’à la Renaissance¹⁰– et de *PHI Latin Text* qui inclut d’autres genres mais seulement jusqu’au troisième siècle après Jésus-Christ¹¹.

Nous parlons d’un total de deux mille quatre-vingt-sept références pour le terme *pignus*. Une grande partie appartient à des auteurs chrétiens, parmi lesquels on peut mentionner des pères de l’Église comme Saint Ambroise et Saint Augustin, ce qui est symptomatique, mais je ne traiterai pas cet aspect aujourd’hui, sauf de manière incidente.

⁸ LAKOFF, George/JOHNSON, Mark, *Metaphors We Live by*, (Chicago, 1980) ; BLUMENBERG, Hans, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, (Bonn, 1960).

⁹ LLT. Library of Latin Texts, CLCLT-5 - Turnhout, Brepols Publishers, 2002 - Enquête dans les vols. I, II et III.

¹⁰ MQDQ Musisque Deoque (Università Ca’ Foscari Venezia, Calabria, Federico II Napoli, Parma).

¹¹ PHI Latin Text (The Packard Humanities Institute).

Je vais surtout traiter les sources littéraires comprises entre le troisième siècle avant Jésus-Christ et le deuxième siècle après Jésus-Christ : un corpus de trois cent quatre-vingt-trois textes dans lesquels nous trouvons le terme *pignus* dans ses différentes acceptions.

Parmi ceux qui utilisent le plus le terme on trouve : le dramaturge Plaute (18), le poète Ovide (57), l'historien Tite-Live (30), l'homme politique Cicéron (18), l'historien Quintus Curtius Rufus (18), le poète Lucain (21), l'homme politique et poète épique Silius Italicus (12), le poète Papinius Stadius (30), l'orateur Quintilien (25) et l'écrivain Apulée (10).

Auteurs et nombre d'occurrences (III^e av. J.-C. -II^e apr. J.C.) :

Titus Maccius Plautus:	18	C. Iul. Caes. Augustus Octavianus:	1
Marcus Porcius Cato:	4	Sextus Pompeius Festus:	3
Caecilius Stadius:	1	Annius Florus:	3
Publius Terentius Afer:	1	Sextus Iulius Frontinus:	4
Gaius Iulius Caesar:	1	Aulus Gellius:	8
Gaius Valerius Catullus:	1	Decimus Iunius Iuvenalis:	3
Marcus Tullius Cicero:	18	Marcus Valerius Martialis:	8
Lucius Licinius Crassus:	1	C. Plinius Caecilius Secundus:	8
Sextus Propertius:	3	Silius Italicus:	13
Albius Tibullus:	1	Gaius Suetonius Tranquillus:	5
Marcus Terentius Varro:	2	Cornelius Tacitus:	16
Publius Vergilius Maro:	6	Tertulianus:	26
Titus Calpurnius Siculus:	4	Minucius Felix:	1
L. Iunius Moderatus Columella:	2	Cyprianus Carthaginensis:	15
Quintus Curtius Rufus:	18	Novatianus:	1
Grattius:	5	Lactancio:	3
Homerus Latinus :	2	Arnobius:	3
Quintus Horatius Flaccus:	1	Marius Victorinus:	3
Laus Pisonis:	1	Lucifer Calaritanus:	1
Titus Livius:	30	Filastrius Brixianensis:	2
Marcus Annaeus Lucanus:	21	Ambrosius Mediolanensis:	146
Marcus Manilius:	1	Ambrosiarter:	6
Pomponius Mela:	1	Isaac:	3
Publius Ovidius Naso:	57	Flavius Iosephus:	18

Petronius:	4	Apponius:	1
Phaedrus:	3	Clemens Romanus:	2
Marcus Fabius Quintilianus:	25	Paulinus Nolanus:	53
Lucius Annaeus Seneca senior:	8	Zeno Veronensis:	6
Lucius Annaeus Seneca junior:	14	Gaudentius Brixienis:	5
Publius Papinius Statius:	30	Chromatius Aquileiensis:	1
Gaius Valerius Flaccus:	1	Maximus Taurinensis:	1
Valerius Maximus:	10	Petrus Chrysologus:	32
Velleius Paterculus:	1	Arnobius Iunior:	2
Calpurnius Flaccus:	2	Optatus Milevitanus:	1
Apuleius Madaurensis:	10	Augustinus Hipponensis:	160

Il est temps maintenant de commencer notre analyse.

IV. Du *pignus* dans un sens technique

Comme je l'ai déjà signalé, nous disposons de références au terme *pignus* dans les sources littéraires depuis le troisième siècle avant Jésus-Christ. Ces premières mentions sont des allusions dans une acception technique, c'est-à-dire, dans le sens de la garantie juridique d'une obligation. Ce sont des mentions qui proviennent des dramaturges Plaute, Caecilius Statius et Térence, qui, comme nous le savons, adaptèrent des œuvres grecques de la nouvelle comédie pour le public romain :

Si Plaute (254 - 184 av. J.-C.) dans « Le Cordage » se réfère à *pignus* comme une garantie dans le sens générique (« Je ne donnerai rien si tu ne me donnes pas de gage », écrit Plaute)¹², Statius (220 - 166 av. J.-C.), dans le bref extrait d'une de ses *Palliata*, fait allusion à « l'or

¹² T. Macc(i)us Plautus, *Rudens*, 581:

*Tibi ego numquam quicquam credam nisi si accepto **pignore**.*

et les vêtements remis en gage par la mère comme caution »¹³. Térence (154 - 194 av. J.-C.), dans « Phormion », mentionne « un terrain hypothéqué pour cent mines »¹⁴.

Si *pignus* s'utilise dans le sens technique pour ces œuvres qui appartiennent à la littérature créative ou artistique, on le mentionnera d'autant plus dans les œuvres qui appartiennent à d'autres genres littéraires comme les formulaires contractuels, les plaidoyers ou les traités d'étymologies. Ainsi, nous trouvons une trace de *pignus* dans « De l'agriculture » de Caton (234 - 149 av. J.-C.), où il s'agit, depuis un point de vue pratique, de quelques-unes des affaires juridiques les plus caractéristiques de la Rome du deuxième siècle avant Jésus-Christ, parmi lesquelles on trouve les affermages de propriétés rurales ou la vente de fruits encore accrochés à l'arbre. En ce qui concerne cette dernière, Caton parle du « gage existant en faveur du propriétaire du fonds pour les choses apportées dans le domaine par l'acheteur chargé de la récolte des olives (cordes, échelles, pierres) »¹⁵.

¹³ *Caecilius Statius, Comoediarum palliatarum fragmenta (in aliis scriptis seruata), 104:*

*I (1) --- ut aurum et uestem, quod matris fuit. Reluat, quod uiua ipsi opposiuit
pignori.*

¹⁴ *P. Terentius Afer, Phormio, 661:*

*DE. Quid si animam debet? GE. 'Ager oppositus **pignori*. Ob decem minas est'.*

¹⁵ *M. Porcius Cato, De agri cultura, cap. 146, 2 .1:*

*...oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, idibus solvito. recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iuserit, promittito satisque dato arbitrato domini, donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt, ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit domini esto. vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliud datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt; si non reddet, aequom solvito, si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debeto et id satisdato, pro que ea re ita uti s.s.e. item
pignori sunt.*

¹⁶ *M. Tullius Cicero, Pro Sestio 110.12:*

Un peu plus loin dans le temps, au premier siècle avant Jésus-Christ, Cicéron (106 - 43 av. J.-C.), dans son discours « Pour Sestius » évoque « l'engagement de libres pour obtenir du vin »¹⁶ et dans « Contre Verrés » il le fait à propos d'un publicain, collecteur d'impôts, en tant que créancier pignoratif¹⁷. Pour sa part Varron, dans « De la langue latine » à propos de la définition des fermes (« *praedia* ») mentionne que le terme a le même préfixe que « prêter » (*praestere* : offrir en garantie) pour que les fermes soient remises comme gage à l'état »¹⁸.

D'autres auteurs postérieurs utiliseront le terme de *pignus* dans un sens technique, comme par exemple Apulée (125 - 170 apr. J.-C.) dans ses « Métamorphoses » ou « L'Âne d'Or » à propos de l'or et de l'argent comme seules garanties admises pour l'octroi d'un prêt¹⁹, mais ils sont moins nombreux.

Comme on peut le remarquer, les sources littéraires reflètent ce que nous savons du *pignus* à travers les sources juridiques (*Corpus Iuris Civilis*), c'est-à-dire : que la garantie pouvait résider dans des

... litterarum se subito dedit. nihil sane actaei iuvabant anagnostae, libelli pro vino etiam saepe oppignerabantur; manebat insaturabile abdomen, copiae deficiebant. Itaque.

¹⁷ M. Tullius Cicero, *C. Uerrem orationes sex actio secunda, liber 3, par. 27*: ... cum omnibus in aliis vectigalibus, Asiae Macedoniae Hispaniae Galliae Africae Sardiniae, ipsius Italiae quae vectigalia sunt, cum in his inquam rebus omnibus publicanus petitor ac ****pignerator****, non ereptor neque possessor soleat esse, tu de optimo, de iustissimo, de honestissimo genere hominum, hoc est de aratoribus, ea iura constituebas quae omnibus aliis essent contraria?

¹⁸ M. Terentius Uarro, *De lingua latina, liber 5, cap. 6*: *pr<a>edia dicta, item ut praedes, a praestando, quodea ****pignore**** data publice mancupis fidem praestent.*

¹⁹ Apuleius – *Metamorphoses, lib. 1, cap. 22*:
*... an tu solus ignoras praeter aurum argentum que nullum nos ****pignus**** admitere?'*

biens meubles²⁰ et des biens immobiliers²¹ ; cela pouvait impliquer un déplacement possessoire (*pignus datum*) ou non (*pignus conventum*)²²; cela pouvait servir à garantir autant d'obligations de crédit que d'obligations dérivées d'autres contrats par exemple ceux des locations et, finalement, les obligations garanties pouvaient être aussi bien de caractère public que de caractère privé²³.

V. Du *pignus* au sens métaphorique

Passons maintenant à voir l'utilisation du terme « *pignus* » comme métaphore, ce qui me semble le plus intéressant pour notre

²⁰ Par exemple, l'esclave : D. 13,7,22,1 (Ulpianus libro XXX ad Edictum): *Idem Papinianus ait et si metus causa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit quod metus causa factum est et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est nec debito imputabit.*

²¹ Par exemple, une ferme : D. 13,7,6 (Pomponius libro XXXV ad Sabinum) : *Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. sed atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est; D. 13,7,21 (Paulus libro XXIX ad Edictum) : *Domo pignori data et area eius tenebitur: est enim pars eius. et contra ius soli sequetur aedificium.**

²² D. 13,7,1 pr. (Ulpianus libro XL ad Sabinum): *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, etsi non traditum est.*

²³ D. 20,1,5 (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam) : *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit. D.13,7,9,1 (Ulpianus libro XXVIII ad Edictum): *Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fideiubeat.**

étude. Il s'agit d'un usage « non technique », car on introduit le «*pignus*» dans un domaine qui lui est étranger. Ainsi, par exemple, celui des relations amoureuses, des relations filiales ou des relations amicales où nous rencontrons les métaphores « *pignus amoris* » et « *pignus honoris* »²⁴. Il sert également pour se référer à des engagements face à l'État. Dans ce cas nous trouvons des métaphores comme « *pignus fidei* » et « *pignus pacis* »²⁵.

1. *Pignus amoris* : « gage comme garantie »

Dans la mesure où nous ne pouvons pas analyser toutes les occurrences, je vais sélectionner les exemples qui sont liés au domaine amoureux/ affectueux en général, lequel est, peut-être, celui qui surprend le plus dans son utilisation du terme juridique « *pignus* ».

C'est Vergilius (70 - 19 av. J.-C.) qui a utilisé pour la première fois l'expression *pignus amoris* pour désigner les cadeaux faits en signe

²⁴ P. Ovidius Naso, *Fasti*, lib. 2, versus 631 à propos des libations et des dons à faire aux dieux Lares le 22 février:

...dis generis date tura boni: Concordia fertur
illa praecipue mitis adesse die;
et libate dapes, ut, grati ****pignus**** honoris,
nutriat incinctos missa patella Lares.

²⁵ Nous le trouvons plusieurs fois sur Tite-Live quand il parle de la guerre. Ici, il parle de *pignus fidei* et *pignus pacis* en référence aux personnes (otages) ou des choses données à l'ennemi come garantie de l'engagement. Titus Liuius, *Ab urbe condita*, liber 25, cap. 16, par. 13:

quotiens rebellioni etiam maiorum suorum ignotum! haec ab sese dicta; ceterum ab ipso Graccho eadem haec audire malle eos praesentis que contingere dextram <et> id ****pignus**** fidei se cum ferre; Titus Liuius, *Ab urbe condita* liber 2, cap. 13, par. 9 : utrimque constitit fides: et Romani ****pignus**** pacis ex foedere restituerunt, et apud regem Etruscum non tuta solum sed honorata etiam virtus fuit, laudatam que virginem parte obsidum se donare dixit; ipsa, quos vellet, legeret.

d'amour, d'affection profonde, que ce soit dans le cadre d'une relation sentimentale, amicale ou autre. Il le fait dans l'Énéide, écrit entre 29 et 19 av. J.-C., à deux reprises dans le chant V consacré aux jeux solennels par lesquels Énée commémore l'anniversaire de la mort de son père Anchise. Au vers 534, Énée présente à Achestes, roi troyen de Sicile, un vase sculpté de figures, qu'il dit avoir appartenu à Anchise, qui l'avait reçu « *pignus amoris* » de Cysée, roi de Thrace. Au vers 571, il parle du coursier de Tyr que la reine Didon avait offert à Jule (nom latin d'Ascanius, fils d'Énée et de Créuse) pour qu'il le garde comme « gage de son amour »²⁶. Quelle réception en ont fait ses lecteurs, ou plutôt ses auditeurs, puisque la lecture sous l'Antiquité se faisait principalement à voix haute ? Ont-ils été surpris ou non par le fait que l'utilisation de *pignus* comme métaphore était déjà fréquente ?

Il s'agit d'une très belle métaphore propre au génie de Virgile, une création de l'esprit qui relie deux réalités a priori aussi éloignées l'une de l'autre que la relation amoureuse/affectueux et la relation de crédit, ce qui crée un climat où le lecteur est plus prêt à comprendre le lien de dépendance que suppose le fait de tomber amoureux. Il s'agit d'une métaphore qui possède une telle force expressive qu'on n'est pas étonné que d'autres poètes romains qui chantèrent l'amour y recoururent également. C'est le cas chez Ovide (43 av. J.-C. - 17 apr. J.-C.) qui utilise le « *pignus amoris* » dans ses poèmes, dans l'ordre suivant : « Les Héroïdes », « L'Art d'aimer », « Les Métamorphoses »

²⁶ P. Uergilius Maro, *Aeneis*, libro 5, versus 570:
*extremus forma que ante omnis pulcher Iulus Sidonios inuectus equo, quem
candida Dido esse sui dederat monimentum et **pignus** amoris.*

et « Les Fastes ». Écrits entre 19 avant Jésus-Christ et 8 après Jésus-Christ, dans certains cas le gage consiste en la remise d'un bien matériel, par exemple la peau d'une bête sauvage dans « Les Héroïdes »²⁷ ou les cheveux de pourpre dans « Les Métamorphoses »²⁸. Dans d'autres cas le gage est quelque chose d'immatériel, comme par exemple l'attitude vaillante de l'aimé qui s'expose à un danger que l'aimée considère comme la garantie de son amour dans « L'Art d'aimer »²⁹. Dans « Les Métamorphoses » l'éclair et le tonnerre sont les signes des intentions de Jupiter acceptées comme gages³⁰.

²⁷ P. Ovidius Naso, *Heroides (Epistulae Heroidum)*, carmen 4, versus 93:

*Clarus erat silvis Cephalus, multae que per herbas
Conciderant illo percutiente ferae,
Nec tamen Aurorae male se praebebat amandum:
Ibat ad hunc sapiens a sene diva viro;
Saepe sub ilicibus Venerem Cinyra que creatum
Sustinuit positos quaelibet herba duos;
Arsit et Oenides in Maenalia Atalanta:
Illa ferae spoliium **pignus** amoris habet;
Nos quoque iam primum turba numeremur in ista!
Si Venerem tollas, rustica silva tuast.*

²⁸ P. Ovidius Naso, *Metamorphoses*, lib. 8, versus 92:

*praemia nulla peto nisi te cape**pignus** amoris purpureum crinem nec me
nunc tradere crinem, sed patrium tibi crede caput! ' scelerata que dextra
munera porrexit. iussit et aeratas inPELLI remige puppes.*

²⁹ P. Ovidius Naso, *Ars amatoria*, lib. 2, versus, 247: *Laeta erit :*

*et causam tibi se sciet esse pericli; Hoc dominae certi **pignus** amoris erit.*

³⁰ P. Ovidius Naso, *Metamorphoses*, lib.7, versus 614:

*Attonitus tanto miserarum turbine rerum
"Iuppiter o !" dixi, "si te non falsa loquuntur
dicta sub amplexus Aeginae Asopidos isse
nec te, magne pater, nostri pudet esse parentem,
aut mihi redde meos, aut me quoque conde sepulcro!"
ille notam fulgore dedit tonitru que secundo:
"accipio sint que ista, precor, felicia mentis
signa tuae!" dixi; "quod das mihi, **pigneror** omen.";
forte fuit iuxta patulis rarissima ramis
sacra Iovi quercus de semine Dodonaeo.*

Une fois de plus on observe un certain parallélisme avec tout ce qui est arrivé dans le domaine du droit romain. En effet, même si initialement l'objet gagé était un bien corporel individualisé, peu à peu on admit également comme gage des biens immatériels, comme par exemple les droits d'usufruit³¹, de servitude (rustique)³² et même des droits de crédit³³.

³¹ D. 20,1,11,2 (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam): *Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere " non esse ei ius uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur: " si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit": nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio ; D. 20,4,11,3 (Gaius libro singulari de formula hypothecaria) : Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aequae quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.*

³² D. 20,1,12 (Paulus libro LXVIII ad Edictum): *Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

³³ D. 13,7,18 pr. (Paulus libro XXIX ad Edictum): *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco; D. 20,1,13,2 (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam): Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem; D. 21,1,9,1 (Gaius libro IX ad Edictum provinciale): Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. Vid. VERHAGEN, Hendrik L. E., Security and Credit in Roman Law. The historical evolution of pignus and hypotheca, (Oxford 2022), p. 246; FUENTESECA, Margarita, Pignus e hypotheca en su evolución histórica, (Santiago de Compostela 2013), pp. 69-121; CHURRUCA, Juan de, Pignus,*

Outre Virgile et Ovide, parmi les auteurs de la littérature romaine nous trouvons la métaphore de « *pignus amoris* » chez Silius Italicus (26 - 101 apr. J.-C.), dans son poème épique « Les Punica »³⁴, et chez Stace (45 - 96 apr. J.-C.), dans ses œuvres « La Thébaidé »³⁵ et « Les Silves ». Certains vers du troisième livre de ses Silves sont spécialement éloquentes : la personne aimée, désirée (un ami dans ce cas) est considérée à la fois comme la cause des gages et le gage même de l'amour/de l'amitié : « Il est juste que je me plaigne ; voici que le navire fuit dans les eaux mouvantes (...), prêt à t'enlever, Céler, gage de mon amour »³⁶.

Depuis, cette métaphore (« *pignus amoris* ») n'a pas arrêté d'être employée dans la littérature de toutes les époques et par des auteurs d'origines différentes, à tel point qu'il serait plus juste de parler de métaphore lexicalisée.

Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, (Madrid 1994), pp. 333-386.

³⁴ Silius Italicus, *Punica*, liber 17, versus 364:
*illud te gemini per mutua **pignora** amoris
et soror et coniunx oro: tranare pericla
magnanimum patiare ducem vitam que remittas
neve sinas captum Ausonias perferre catenas.*

³⁵ P. Papinius Statius, *Thebais*, lib. 9, versus 61:
*o socer, o Argi! et primae bona iurgia noctis,
alternae que manus et longi **pignus** amoris
ira brevis; non me ense tuo tunc, maxime Tydeu, -
et poteris - nostri mactatum in limine Adrasti!
quin etiam Thebas me propter et in pia fratris
tectis libens, unde haud alius remeasset, adisti,
ceu tibimet sceptris et proprios laturus honores.*

³⁶ P. Papinius Statius, *Silvae*, liber 3, carmen 2, versus 78:
*fugit ecce vagas ratis acta per undas
paulatim minor et longe servantia vincit
lumina, tot gracili ligno complexa timores,
quaque super reliquos te, nostri **pignus** amoris
portatura, Celer.*

2. *Pignus* comme promesse : *pignus* comme « contrat de gage »

Le poète Propertius (54 - 14 av. J. C.-J.), contemporain de Virgile et d'Ovide, n'utilise pas la locution « *pignus amoris* », mais fait de l'amour l'objet d'une relation contractuelle. De nouveau, c'est clairement une métaphore vivante : l'amour est la garantie que les promesses d'amour s'accompliront. Le « *pignus* » désigne aussi bien la promesse d'où surgit l'engagement, que la garantie que cet engagement s'accomplira. Propertius écrit, dans ses *Élégies* : « Combien d'heures laisseront passer mon cortège avant que Vénus nous stimule avec sa douce guerre ! On doit d'abord établir les termes, sceller le serment puis écrire le contrat pour ce nouvel amour. L'amour lui-même avec son propre sceau validera ces promesses »³⁷. Nous voyons beaucoup d'autres fois dans les sources littéraires que « *pignus* » est utilisé dans le sens de promesse.

Une fois de plus, les usages du terme « *pignus* » dans les sources littéraires évoquent, au moins pour celui qui est juriste, le processus que l'institution a connu dans le droit romain. Chez lui le terme « *pignus* » finit par désigner non seulement la chose mise en gage, mais aussi le propre accord des volontés que nous connaissons comme « accord pignoratif ». De plus, on peut ajouter à ces deux acceptions

³⁷ S. Propertius, *Elegiae, liber 3, carmen 20, versus 17*:
Quan multae ante meis cedent sermonibus horae
dulcia quam nobis concitet arma Venus!
foedera sunt ponenda prius signandaque iura
et scribenda mihi lex in amore novo.
*haec Amor ipse suo constringit **pignora** signo:*
testis sidereae to[r]ta corona deae.

celle de « *pignus* » comme droit réelle né dudit accord de gage. Autrement dit, en termes juridiques on peut parler de « contrat de gage », de « droit de gage » et de « gage comme garantie »³⁸.

3. Quand *pignus* sont les fils : *pignus* comme « droit de gage »

Curieusement, nous voyons que la même chose arrive dans les sources littéraires, dans lesquelles une autre acception fréquente de « *pignus* » est celle qui se réfère aux fils comme fruits de la relation amoureuse, c'est-à-dire, comme gage d'amour. Dans certains cas il s'agit de la jouissance d'un fruit (Ovide, « Les Fastes » : « elle portait dans son giron son fils comme un gage chéri »)³⁹ et dans d'autres il s'agit du fruit d'un amour malheureux, comme dans « LesHéroïdes »

³⁸ D. 13,7,1,1 (Ulpianus libro XL ad Sabinum): *Si igitur contractum sit pignus nuda conventionem, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.*

³⁹ P. Ovidius Naso, *Fasti*, lib. 3, versus 215:
*iam steterant acies ferro morti que paratae,
iam lituus pugnae signa daturus erat,
cum raptae veniunt inter patres que viros que,
in que sinu natos, **pignora** cara, tenent
pignora conexas.*

: « Mon enfant, le fruit d'un amour voué à l'échec »⁴⁰. Les exemples sont nombreux dans Sénèque⁴¹, Papinius Statius⁴² et Apulée⁴³.

Cet usage de « *pignus* » dans le sens des fils comme fruit de la relation amoureuse se vérifie aussi dans le langage courant. Je transcris ici le texte d'une inscription funéraire, à cause de son originalité ⁴⁴:

« Qui que tu sois, étranger, prend connaissance de qui j'étais et à quel moment la mort maligne m'a ravi la vie. J'ai vécu pendant vingt-trois et demi. Le fait d'être appréciée par mon mari fut toujours pour moi source d'orgueil. Le rapide passage du temps m'a séparé de lui,

⁴⁰ P. Ovidius Naso, *Heroides (Epistulae Heroidum)*, carmen 11, versus 109:

*Si potuit meruisse necem, meruisse putetur :
A! miser admisso plectitur ille meo!
Nate, dolor matris, rapidarum praeda ferarum,
Ei mihi! natali dilacerate tuo,
Nate, parum fausti miserabile **pignus** amoris :
Haec tibi prima dies, haec tibi summa fuit.*

⁴¹ Seneca [philosophus], *Medea*, versus 1012 :

*in matre si quod **pignus** etiam nunc latet,
scrutabor ense viscera et ferro extraham.
IASON : iam perage coeptum facinus, haut ultra precor,
moram que saltem supplicis dona meis.*

⁴² Apuleius, *Metamorphoses*, lib. 3, cap. 9:

*sed anus illa, quae fletibus cuncta turbauerat: 'prius';, inquit, 'optimi' ciues, quam
latronem istum miserorum **pignorum** meorum peremptorem cruci adfigatis,
permittite corpora necatorum reuelari, ut et formae simul et aetatis contemplatione
magis magis que ad iustam indignationem ar<r>ecti pro modo facinoris saeuatis';.*

⁴³ P. Papinius Statius, *Silvae*, liber 2, carmen 1, versus 86:

Interius nova saepe adscita que sepunt.

⁴⁴ PIERI, Maria Pace / DANESI MARIONI, Giulia / GABRIELLI, Chantal, *Iscrizioni funerarie latine. Sopravvivere alla morte*, (Brezzo di Bedero (VA), 2020), p. 4:

*Quisquis es, en hospes quaeso lege, seic bene vivas,
Quae fuerim quove in spatio mors me invida traxit.
Vixi ego bis denos annos tres atque seimitum.
Coniugis obsequio semper placuisse iuvabat.
Fatorum cursum properans me orbavit ab illo,
Seic tamen ut pignus dederim pro corpore corpus.
Filius est nobeis natus, quem Iuppiter altus
Diligat et natos iubeat generare futuros...*

de telle sorte que je pus lui laisser un corps en gage de mon corps. Nous avons eu un fils, que l'éminent Jupiter le protège et qu'il consente à lui laisser donner au monde des enfants à l'avenir ».

4. Quand *pignus* désigne « la preuve »

Comme je l'ai déjà annoncé, l'usage de « *pignus* » dans les sources littéraires n'est pas restreint au domaine de la poésie amoureuse, car nous le trouvons aussi dans d'autres genres comme l'histoire, la politique, les traités d'éloquence et jusqu'aux œuvres de réflexion ou de spéculation théologique. Les acceptions sont variées. Ainsi, par exemple : quand « *pignus* » désigne « preuve » ; un « pari » ; « à otage » et aussi, « *pignus* » est un symbole de se serrer la main droite.

Ovide, l'auteur qui emploie le plus le terme de « *pignus* » dans ses œuvres, le fait la plupart du temps dans le sens de « preuve ». Je donnerai un seul exemple : dans « L'Art d'aimer » on parle de gage pour se référer au visage enflammé de la femme qui surprend l'aimé avec une autre comme preuve de ses pensées dans ce moment⁴⁵.

⁴⁵ P. Ovidius Naso, *Ars amatoria*, lib. 2, versus 373:
Sed neque fulvus aper media tam saevus in irast,
Fulmineo rabidos cum rotat ore canes,
Nec lea, cum catulis lactantibus ubera praebet,
Nec brevis ignaro vipera laesa pede,
Femina quam socii deprensa paelice lecti
*Ardet et in vultu **pignora** mentis habet;*
In ferrum flammis que ruit posito que decore
Fertur, ut Aonii cornibus icta dei:
Coniugis admissum violata que iura maritast...

5. Quand *pignus* désigne « un pari »

« *Pignus* » désigne un pari plusieurs fois chez Plaute⁴⁶ et une fois chez Catulle (87 - 57 av. J.-C.)⁴⁷. Il apparaît aussi notamment chez Virgile, Ovide, Calpurnius Siculus et Columelle (4 - 70 apr. J.-C.) qui parle de « *pignus* aléatoire » (*pignus alea*)⁴⁸. Pourrait-il s'agir d'un de ces cas que les linguistes appellent « catachrèse » ? Le terme « *pignus* » semble être utilisé dans un sens différent de celui auquel il correspond habituellement, afin de nommer une chose ou une action qui en manque apparemment – dans ce cas précis, défier quelqu'un de faire quelque chose en lui donnant une chose qui sera pour celui qui gagne –.

6. Quand *pignus* équivant à « otage »

⁴⁶ *Bacchides* 1055 ; *Casina* 75, *Epidicus* 699, *Persa* 186 et 188 ; *Poenulus* 1242 et *Truculentus* 275. Je prends seulement, à titre d'exemple, T. Macc(i)us Plautus, *Persa*, versus 186-188 : PAE. Da hercle ****pignus****, ni omnia memini et scio,

Etquide si scis tute quot hodie habeas digitos in manu.

TO. Ego n'dem ****pignus**** te cum?

⁴⁷ C. Ualerius Catullus, *Carmina*

carmen 44, versus 1:

o funde noster seu Sabine seu Tiburs

(nam te esse Tiburtem autumant quibus non est

cordi Catullum laedere at quibus cordi est

*quouis Sabinum ****pignore**** esse contendunt)*

sed seu Sabine siue uerius Tiburs.

⁴⁸ L. Iunius Moderatus Columella, *Res rustica liber* 8, cap. 2, 5, 6:

*Nos enim censemus instituere vectigal industrii patrisfamiliae, non rixiosarum avium lanistae, cuius plerumque totum patrimonium, ****pignus**** aleae, victor gallinaceus pycles abstulit.*

Quand le « *pignus* » équivaut à « otage », cela évoque, d'une certaine manière, l'origine des obligations juridiques (*obligatio*). C'est chez Plaute, dans sa comédie « L'Imposteur (*Pseudolus*) » où on lit pour la première fois qu'une personne s'offre comme gage afin de servir de garantie d'accomplissement d'une obligation. D'autres fois, il s'agit de personnes capturées pendant une campagne militaire. Tite-Live (59 - 17 av. J.-C.) offre de nombreux exemples à ce sujet⁴⁹.

7. Quand *pignus* est symbole de se serrer la main droite

Les exemples dans lesquels le « *pignus* » est un symbole de se serrer la main droite sont nombreux. Je souligne ici seulement quelques exemples, avec Ovide et ses « Métamorphoses » : « Comme gages de loyauté il demanda les mains des deux et les unit entre elles... »⁵⁰, Tite-Live « Histoire de Rome depuis sa fondation » : « ...Ils préféreraient entendre cela du propre Gracchus et serrer personnellement sa main

⁴⁹ Titus Livius, *Ab urbe condita*, Liber 36, cap. 40:
*ad ea consul neque se Ligures provinciam sortitum esse ait, neque cum Liguribus bellum gessisse, neque triumphum de iis postulare; 2 Q. Minucium confidere brevi subactis iis meritum triumphum postulaturum atque impetraturum esse; 3 se de Gallis Boiis postulare triumphum, quos acie uicerit castris exuerit, quorum gentem biduo post pugnam totam acceperit in deditionem, a quibus obsides abduxerit, pacis futurae **pignus**.*

⁵⁰ P. Ovidius Naso, *Metamorphoses*, lib. 6, versus 502:
*tu quoque quam primum (satis est procul esse sororem),
si pietas ulla est, ad me, Philomela, redito!
mandabat pariter que suae dabat oscula natae,
et lacrimae mites inter mandata cadebant,
ut que fide **pignus** dextras utriusque poposcit
inter se que datas iunxit natam que nepotem que
absentes pro se memori rogat ore salutent
supremum que vale pleno singultibus ore
vix dixit timuit que suae praesagia mentis.*

droite, en emmenant ainsi avec eux cette garantie de leur engagement »⁵¹, Sénèque (5 av. J.-C. - 65 apr. J.-C.) « Hercule furieux » : « Accepte ce gage de mi bonne foi : prends ma main droite »⁵².

8. *Pignus* chez Saint Augustin (*De civitate Dei*)

Dans la mesure où la finalité ultime de cette étude est de mettre en valeur l'interaction entre le langage juridique et d'autres domaines linguistiques comme la manifestation de comment on gère une culture et, de plus, les références au « *pignus* » abondent à partir du quatrième siècle après Jésus-Christ chez les auteurs chrétiens, je ne veux pas conclure cette étude des emplois de ce terme dans un sens métaphorique sans mentionner Augustin d'Hippone (354 - 430 apr. J.-C.), même si cela suppose de sortir du périmètre temporel fixé à mon étude. Les références sont nombreuses, mais je vais m'arrêter à sa « Cité de Dieu » dans laquelle la métaphore du « *pignus* » est le moyen pour évoquer quelque chose d'immatériel et, par conséquent, difficile à expliquer, comme l'est la foi. La promesse de Dieu d'une cité éternelle où le mal n'existe pas est « garantie » grâce à la foi que Dieu donne aux croyants. Autrement dit, la foi est le gage du salut

⁵¹ Titus Livius, *Ab urbe condita*, liber 25 cap. 16, par.13, linea 17:
quotiens rebellionem etiam maiorum suorum ignotum! haec ab sese dicta;
ceterum ab ipso Graccho eadem haec audire malle eos praesentis que
contingere
*dextram <et> id **pignus** fidei se cum ferre.*

⁵² Seneca [philosophus], *Hercules furens*, versus 369:
Particeps regno veni;
*sociemur animis, **pignus** hoc fidei cape:*
continge dextram.

éternel. La foi est la garantie de l'accès à la Cité de Dieu pour ce père de l'Église⁵³.

VI. En guise de conclusion

J'ai commencé cet article en faisant référence au sonnet de Shakespeare et en disant que pour que les lecteurs puissent saisir la métaphore du « *pignus* » il n'était pas nécessaire qu'ils connaissent toutes les particularités techniques du prêt hypothécaire, mais qu'il suffisait qu'ils maîtrisent l'ensemble des sujets partagés par une communauté linguistique en la matière.

Je crois que le récapitulatif des sources littéraires, que nous avons effectué, a servi pour accréditer l'idée que, en effet, le terme « *pignus* » était bien un topos dès l'époque romaine. Aucun habitant du monde romain n'aurait du mal à lier le « *pignus* » à la « garantie » ou à la « promesse que quelque chose s'accomplirait avec succès ». Il n'aurait pas été nécessaire qu'ils connaissent toutes les particularités du « *pignus* » du droit romain dont nous avons connaissance

⁵³ *Augustinus Hipponensis, De ciuitate Dei, Cl. 0313, SL 47, lib. 5, cap. 16, linea : illa ciuitas sempiterna est ; ibi nullus oritur, quia nullus moritur; ibi est uera et plena felicitas, non dea, sed donum dei; inde fidei **pignus** accepimus, quamdiu peregrinantes eius pulchritudini suspiramus ; ibi non oritur sol super bonos et malos, sed sol iustitiae solos protegit bonos ; ibi non erit magna industria ditare publicum aerarium priuatis rebus angustis, ubi thensaurus communis est ueritatis.*

*Augustinus Hipponensis - De ciuitate Dei Cl. 0313, SL 48, lib. 19, cap.17, linea 15 : ciuitas autem caelestis uel potius pars eius, quae in hac mortalitate peregrinatur et uiuit ex fide, etiam ista pace necesse est utatur, donec ipsa, cui talis pax necessaria est, mortalitas transeat; ac per hoc, dum apud terrenam ciuitatem uelut captiuam uitam suae peregrinationis agit, iam promissione redemptionis et dono spiritali tamquam **pignus** accepto legibus terrenae ciuitatis, quibus haec administrantur, quae sustentandae mortali uitae adcommodata sunt, obtemperare non dubitat, ut, quoniam communis est ipsa mortalitas, seruetur in rebus ad eam pertinentibus inter ciuitatem utramque.*

aujourd'hui grâce à, principalement, ou livres 13, 20 et 43 du Digeste de Justinien. Bien évidemment, ceux qui avaient ce type de formation juridique auraient pu accéder à des niveaux de lecture et d'interprétation plus profonds, comme cela arrive avec n'importe quel texte, mais pour comprendre le sens de la métaphore, je le répète, ce n'était pas nécessaire. On peut dire la même chose pour les époques postérieures.

Le « *pignus* » faisait partie d'un même patrimoine linguistique et épistémologique. Et cela continua ainsi pendant les époques suivantes dans l'histoire de l'Occident jusqu'à nos jours. Si on prend seulement comme référence la base de données *The Library of Latin Text* nous avons près de 1700 mentions du « *pignus* » dans la période comprise entre le deuxième siècle après Jésus-Christ, où nous avons arrêté notre étude, et le treizième siècle, avec en particulier des mentions d'œuvres d'auteurs chrétiens. Cela continue à partir du treizième siècle, avec des auteurs médiévaux, de la Renaissance et jusqu'à aujourd'hui.

Quelle est l'ultime conclusion que l'on peut tirer de tout ce qui a été dit jusqu'ici ?

A mon avis, quand nous verbalisons des relations de sujétion et de dépendance, qu'elles soient amoureuses ou d'un autre type, nous le faisons en parlant de « gage » et cela signifie que nous continuons à penser en termes « romains ». Plus concrètement, étant donné que l'origine du terme « *pignus* » est juridique, cela signifie que nous pensons en accord avec des catégories, des institutions, des figures du droit romain, y compris dans des domaines étrangers au droit.

Cela signifie que le droit romain a enrichi le langage courant de termes qui lui sont propres, comme cela arrive avec d'autres langages techniques. Ainsi, il a embelli notre manière de penser, parfois en proposant de nouvelles acceptions d'un même terme.

Il s'agit d'une présence subtile, parfois presque intériorisée tant elle est subtile, mais il s'agit bien d'une présence dans notre mode de penser et de nous exprimer.

BIBLIOGRAPHIE

BLACK, Max, *Models and Metaphors*, (Ithaca Cornell University Press, 1962).

BLUMENBERG, Hans, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, (Bonn, 1960).

DE CHURRUCA, Juan, *Pignus, Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, (Madrid, 1994), pp. 333-386.

FUENTESECA, Margarita, *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, (Santiago de Compostela, 2013).

GALGANO, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, (Bologna, 2010).

LAKOFF, George/JOHNSON, Mark, *Metaphors We Live by*, (Chicago, 1980).

LLT. *Library of Latin Texts, CLCLT-5* (Turnhout, Brepols Publishers, 2002). Enquête dans les vols. I, II et III.

MQDQ *Musisque Deoque* (Università Ca' Foscari Venezia, Calabria, Federico II Napoli, Parma).

PHI Latin Text (The Packard Humanities Institute).

PIERI, Maria Pace / DANESI MARIONI, Giulia/ GABRIELLI, Chantal, *Iscrizioni funerarie latine. Sopravvivere alla morte*, (Brezzo di Bedero (VA), 2020).

PRANDI, Michele, *Conceptual conflicts in metaphors and figurative language*, (New York and London, 2017) ; ID. *Per una grammatica della creatività metaforica : metafore vive e sciami metaforici*, *Quaderni Borromaici* 5, 2018, pp. 141-159.

RICOEUR, Paul, *La métaphore vive*, (2e éd, Paris, 1978).

SAPIR, Edward, *Language : An Introduction to the Study of Speech*, (New York, 1921).

VERHAGEN, Hendrik L. E., *Security and Credit in roman Law. The historical evolution of pignus and hypotheca*, (Oxford, 2022).

WHEELWRIGHT, Philip, *Metaphor and Reality*, (Indiana,1962).



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 17/05/2024	Fecha de aceptación: 04/09/2024
Palabras clave: <i>concubitum, consensus, matrimonium futurum, matrimonium initiatum, matrimonium perfectum, matrimonium ratum</i>	Keywords: <i>concubitum, consensus, matrimonium futurum, matrimonium initiatum, matrimonium perfectum, matrimonium ratum</i>



DERECHO Y TEOLOGÍA EN LA FORMACIÓN DEL *IUS COMMUNE*: LA *SUMMA DE MATRIMONIO* DE VACARIO Y LA PERFECCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

LAW AND THEOLOGY IN THE FORMATION OF THE *IUS COMMUNE*: VACARIO'S *SUMMA DEMATRIMONIO* AND THE PERFECTION OF THE MARRIAGE BOND

Francisco Javier Casinos Mora

Profesor Titular de Derecho Romano.

Universitat del València

<https://orcid.org/0000-0001-7173-6507>

(CASINOS MORA, Francisco Javier. Derecho y teología en la formación del *ius commune*: La *Summa de matrimonio* de Vacario y la perfección del vínculo matrimonial. RIDROM [online]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp.30-90. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Los propósitos de este trabajo son poner en valor la labor de un glosador no demasiado celebrado y de una obra poco conocida de su autoría y ofrecer una traducción al castellano de dicha obra. Se trata de Vacario y su obra se titula *Summa de matrimonio*, un opúsculo eclipsado por otra obra del autor de mucho mayor fuste e impacto: La conocida como *Liber pauperum*. La *Summa de matrimonio* y la tesis que propone sobre la perfección del vínculo matrimonial constituye un ejemplo elocuente de la importancia del debate doctrinal en la formación y enseñanza del *ius commune* y de que la ciencia del derecho medieval europeo es el resultado del intento de armonizar el Derecho Romano y el Derecho Canónico entre sí, pero también a veces el Derecho y la Teología entre sí.

Abstract:

The purposes of this paper are to place value on the work of a glossator not too renowned and a little-known work of his authorship and offer a translation into Spanish of such work. It is Vacarius and his work is entitled *Summa de matrimonio*, a booklet overshadowed by another work of this author of much greater weight and impact: The one known as *Liber pauperum*. The *Summa de matrimonio* and the thesis it proposes on the formation of the marriage bond is an eloquent example of the importance of doctrinal debate in the formation and teaching of *ius commune* and also that the science of medieval European law is mainly the result of the attempt to harmonize Roman Law and Canon Law with each other, but also sometimes Law and Theology with each other.

La obra conocida como *Summa de matrimonio* se enmarca en el contexto histórico-jurídico de la disputa acaecida en el siglo XII entre canonistas y teólogos acerca del momento en que debe considerarse formado o perfeccionado el vínculo matrimonial y la singularidad de este opúsculo reside en que en él su autor, Vacario, rechaza las dos tesis a la sazón enfrentadas: La consensualista, propia básicamente de los teólogos, y la que podríamos calificar de “coitalista” o “consumacionista”, la sustentada por los canonistas y civilistas, y propone una tercera interpretación, basada en el Derecho Romano y en el funcionamiento análogo del matrimonio a ciertas instituciones de derecho patrimonial romano. La *Summa de matrimonio* se muestra de este modo como un ejemplo elocuente de que la ciencia del derecho medieval europeo fue resultado fundamentalmente del intento de armonización, por un lado, del Derecho Romano, llamado a la sazón “derecho civil”, con el Derecho Canónico, conocido sobre todo entonces como *ius ecclesiae*, esto es, de los dos componentes más importantes del *ius commune* del que serían en gran medida tributarios los futuros ordenamientos nacionales; y, por otro lado, de ese *utrumqueius* con la Teología en relación con determinadas instituciones que, como el matrimonio, eran de interés tanto jurídico como teológico.

Magister Vacarius, gente Longobardus, vir honestus et iuris peritus (Roberto de Torigni, *Gesta Normannorum Ducum*, a. 1149). Vacario¹habría sido un glosador de origen longobardo, llegado a

¹ Sobre la vida y obra de Vacario: WENCK, C. F. C., *Magister Vacarius, primus*

Inglaterra a mitad del siglo XII para colocarse bajo el sucesivo patronazgo de los arzobispos Teobaldo de Canterbury y Rogerio de York. Vacario es conocido fundamentalmente por ser presumiblemente el introductor del Derecho Romano en Inglaterra, donde verosímilmente habría formado una escuela de discípulos.² También consta su actividad docente en Inglaterra³, si bien es discutida la concreta sede universitaria, siendo Oxford y Canterbury

juris romani in Anglia professor, Leipzig, 1819; HOLLAND, T. H., «The University of Oxford in the Twelfth Century», *Collectanea*, 16, 1890, pp. 165-170; LIEBERMANN, F., «Magister Vacarius», *English Historical Review*, 11, 1896, pp. 305-314; ID. «Vacarius Mantuanus», *English Historical Review*, 11, 1896, pp. 514-515; DE GHELLINCK, J., «Magister Vacarius: Un juriste-théologien peu amable pour les canonistes», *Revue d'histoire ecclésiastique*, 44, 1949, pp. 173-178; SOUTHERN, R. W., «Master Vacarius and the Beginning of an English Tradition», en J. J. G. Alexander y M. T. Gibson (editores), *Medieval Learning and Literature: Essays Presented to R. W. Hunt*, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 257-286; BOYLE, L. E., «The Beginnings of Legal Studies at Oxford», *Viator*, 14, 1983, pp. 107-131; LANGE, H., *Römisches Recht im Mittelalter*, I, München, C. H. Beck, 1997, pp. 246-256; GUARESCHI, M., «Gli incontri di un canonico legista: Magister Vacarius teólogo e polemista», *Rivista di storia e letteraturareligiosa*, 36, 2000, pp. 381-414; DOMINGO OSLE, R., «Vacario (ca. 1120-post 1198)», en R. Domingo Osle (coordinador), *Juristas universales*, I, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 356-358; TALIADOROS, J., *Law and Theology in Twelfth-Century England: The Works of Master Vacarius (c. 1115/20-c. 1200)*, Turnhout, Brepols, 2007; y JONES, M., «Master Vacarius, civil lawyer, canon of Southwell and parson of Norwell, Nottinghamshire», *Nottingham Medieval Studies*, 53, 2009, pp. 1-20. Sobre Vacario y el matrimonio véase también: GUARESCHI, M., «Fra canones e leges: Magister Vacarius e il matrimonio», *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Age*, 111, 1, 1999, pp. 105-139; y BARCZYŃSKA, M., «Summa de matrimonio Mistrza Vacarius (1120-1200)», *Almanach Historyczny*, 19, 2017, pp. 31-37.

² Véase STEIN, P., «The Vacarian School», *Journal of Legal History*, 13, 1992, pp. 23-31.

³ Véase STEIN, P., «Vacarius and the Civil Law», en D. E. Luscombe *et al.* (editores), *Church and Government in the Middle Ages: Essays Presented to C. R. Cheney*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, pp. 119-137, reimpr. en P. Stein (editor), *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London, Hambledon Press, 1988, pp. 167-185; e ID., «Vacarius and the Civil Law in England», en F. De Zulueta y P. Stein (editores), *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London, Selden Society, 1990, pp. xxii-xxvii.

las universidades candidatas a haber acogido al maestro Vacario como docente⁴. Su obra principal es el citado *Liber pauperum*, obra de indudable importancia para la recepción del Derecho Romano en el siglo XII editada por Francis De Zulueta para la Selden Society en 1927, un epítome en nueve libros del Digesto y del Código de Justiniano, llamado así, porque, como explica Vacario en el prefacio de la obra, dada la brevedad de ésta, era asequible a estudiantes pobres, llamados a la sazón *pauperistae*. Otras obras de contenido jurídico y teológico fueron los opúsculos *De assumpto homine*, sobre la unión hipostática en Cristo de las naturalezas humana y divina; *Liber contra multiplices et varios errores*; y, por fin, nuestra *Summa de matrimonio*, cuya datación difícil de precisar se hallaría entre 1156 y 1179.⁵

La *Summa de matrimonio* nos es conocida gracias a un manuscrito del último tercio del siglo XII, que se conserva en la Biblioteca de la Universidad de Cambridge.⁶ El manuscrito es una recopilación

⁴ Aunque hay constancia en las obras de Roberto de Torigny, Juan de Salisbury y Gervasio de Canterbury de indicios que permitirían avalar que Vacario habría enseñado en Oxford, autores como R. W. Southern, en su citado ensayo *Master Vacarius and the Beginning of an English Academic Tradition*, han sostenido que no es posible aportar ninguna prueba real de que efectivamente Vacario fuera docente en Oxford y no sólo por haber dificultades para confiar en los citados cronistas, sino también por la no viabilidad institucional de la Universidad de Oxford para impartir lecciones sobre Derecho Romano antes de 1190. En cualquier caso, como señala J. Taliadoros (*Law and Theology*, cit., p. 41), al margen de la controversia sobre Oxford, al *Liber pauperum* le cabe el honor de haber sido el primer manual jurídico en Inglaterra.

⁵ TALIADOROS, J., *Law and Theology*, cit., p. 56 ss.

⁶ *Summa de matrimonio*, Cambridge, University Library, MS li.3.9.1773, fols. 147^v-158^r.

fundamentalmente de obras de San Agustín, pero también incluye en 26 columnas la *Summa de matrimonio* y el brevísimo *De assumpto homine* de Vacario, así como obras de otros autores. Debemos la edición crítica de la obra a Frederic William Maitland, hecha en Londres en 1898, quien ofrece también una semblanza del autor.⁷

El marco histórico referencial en que se redacta la *Summa de matrimonio* de Vacario es, como se ha indicado, el de la controversia medieval sobre la formación del vínculo matrimonial. En efecto, una de las aspiraciones de la Iglesia, manifestada recurrentemente en los escritos patrísticos, papales, concilios eclesiásticos y colecciones canónicas, fue desde bien temprano la de asumir la competencia plena para la definición y regulación del matrimonio, es decir, la de pasar por el cedazo cristiano la institución matrimonial recibida del Derecho Romano y ofrecer a todos los pueblos de la Cristiandad una concepción universalmente válida de esta institución. Pero la naturaleza compleja del matrimonio cristiano, producto de la confluencia sobre una misma institución social de una perspectiva jurídica “contractualista”, obtenida de la interpretación de los glosadores de la obra justiniana, y de una perspectiva teológica, por así decir, “sacramentalista”, a partir de fuentes escriturarias y patrísticas, dificultaría el acuerdo entre legistas y teólogos sobre aspectos tan significativos como la formación o perfección del

⁷ *Magistri Vacarii Summa de matrimonio*, MAITLAND, F. W. (editor), London, Stevens and sons, limited. Law publishers and booksellers 119 & 120 Chancery Lane, W. C., 1898. Se trata de una reimpresión de una primera publicación en *Law Quarterly Review*, 13 (51), 1897, págs. 270-287.

vínculo matrimonial.⁸ Simplificando, las dos grandes teorías fueron: la consensualista, propia de los teólogos, la Escuela catedralicia de Laón, Ivo de Chartres, que en sus epístolas sostiene que el consentimiento es suficiente para la perfección del matrimonio (*Epp.* 99, 243 y 246), la Universidad de París y, finalmente, Pedro Lombardo como figura señera; y la que podríamos calificar de “consumacionista”, que aparece reflejada en el Decreto de Graciano, seguida sustancialmente por los canonistas, destacadamente Rufino en su *Summa decretorum* y, en general, por la Universidad de Bolonia⁹ y también por el propio Vacario en el *Liber Pauperum*.¹⁰

El papa Alejandro III emitió copiosas decretales casuísticas sobre el matrimonio y a través de ellas vino de algún modo a resolver sin

⁸ Hoy en día es pacífica en la doctrina canonística la idea de la doble naturaleza del matrimonio como *contractus* y como *sacramentum*. Así lo expresa paradigmáticamente una obra de referencia como la de WERNZ, F. X., *Ius Canonicum ad codicis normam exactum, V. Ius matrimoniale*, Roma: Universidad Gregoriana, 1928: p. 38: *Matrimonium legitimum in fieri est verus atque proprie dictus contractus bilateralis inter marem et feminam celebratus*; p. 44: *Matrimonium, ut est sacramentum proprie dictum, essentialiter consistit in illo actu transeunte, quo mas et femina iure habiles per legitimum consensum mutuum potestatem in corpora ad actus coniugales in perpetuum sibi tradunt*.

⁹ Una reflexión dirigida a la superación de los aspectos excesivamente simplistas de la polémica entre las tesis de las escuelas canónica y teológica a partir de una profundización en las fuentes ofrece ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., «La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿Tan sólo una cuestión histórica?», *Ius Canonicum*, 53, 2013, pp. 621-654.

¹⁰ Una explicación verosímil ofrece TALIADOROS, J., *Law and Theology*, cit., p. 65, sobre la divergencia entre el *Liber pauperum* y la *Summa de matrimonio* en cuanto a la perfección del matrimonio: Mientras que la precedente *Summa de matrimonio* se habría centrado en ciertos aspectos probablemente problemáticos e inciertos en los litigios matrimoniales, el *Liber Pauperum* estaría destinado a un estudio sosegado en el aula y a obtener un conjunto de principios de Derecho Romano en materia matrimonial. En definitiva, las dos obras estarían destinadas a audiencias similares, pero con propósitos diferentes.

pretenderlo la controversia a favor de la teoría consensual, si bien otorgando a la unión carnal un valor completivo del matrimonio muy especialmente a los efectos de la indisolubilidad del vínculo.

La victoria de tesis consensualista llegó tanto a los Códigos civiles nacionales como a los universales Códigos de Derecho Canónico de 1917 (c. 1012: *contractus matrimonialis*)¹¹ y 1983 (c. 1057: *matrimonium facit partium consensus*),¹² si bien en estos casos, dada la involucración del carácter sacramental del contrato matrimonial, se otorga relevancia jurídica a la unión carnal al atribuirle un efecto consumidor del matrimonio, que se traduce en la indisolubilidad del vínculo, sin perjuicio de que el matrimonio legítimo y válidamente celebrado, matrimonio “rato”, se perfeccione en línea de principio por el consentimiento de los contrayentes.

El Decreto de Graciano (C. 27, q. 2, 1 pr.) y las Decretales de Gregorio IX (II, X, 2, 3)¹³ se sirven casi literalmente de la definición *ulpiana* de matrimonio contenida en las Instituciones de Justiniano

¹¹ CIC 1917, c. 1012: § 1. *Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos.* § 2. *Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum.*

¹² CIC 1983, c. 1057: § 1. *Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet.* § 2. *Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium.*

¹³ Edición utilizada: *Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda, post Aemilii Ludovici Richteri curas, ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, Leipzig, B. Tauchnitz, 1879.*

(I. 1, 9, 1)¹⁴: *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens*, al sustituirse sólo al final el participio *continens* por *retinens*, cambio debido quizá a que *retinens* aporta un matiz intensificador de la idea de conservación que mejor relaciona el matrimonio con las nociones de sacramentalidad e indisolubilidad.

De la formación del vínculo matrimonial trata C.27,q. 2. El consentimiento aparece definido en términos aristotélicos como la causa eficiente del matrimonio: *Consensus est efficiens causa matrimonii*. Graciano reconoce, siguiendo la tradición romana, que *consensus facit matrimonium*, y esto lo avalan las autoridades de Isidoro de Sevilla (*consensus facit matrimonium: Etym. 9, 7*), el papa Nicolás I (*sufficiat solus secundum leges eorum consensus, de quorum coniunctionibus agitur: Ad consulta Bulgarorum, c. 3*); Juan Crisóstomo (*matrimonium non facit coitus, sed voluntas: Homil. 32 in Math.*); Ambrosio (*non defloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis: De virginibus c. 6*) y Agustín: *De bono coniugali 1, 2*). Ahora bien, el consentimiento es necesario para el autor del Decreto, pero no basta para la perfección del vínculo conyugal. Así, en el canon 16 señala que: No hay matrimonio entre aquellos entre los que no hay unión carnal: *Non est inter eos matrimonium, quos non copulat commixtio sexuum*, aduciendo como respaldo en el canon 17 la

¹⁴ Ediciones utilizadas para las Instituciones y el Digesto de Justiniano: *Iustiniani Institutiones, recensuit Paulus Krueger, editio tertia*, Berlín, Weidmann, 1908; y *Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen*. Berlín, Weidmann, 1870.

autoridad del papa León I, que se pronunció en tal sentido, utilizando la expresión *nuptiale misterium* para referirse a la unión carnal.

Graciano sostiene la idea de que el matrimonio se inicia con el consentimiento y se perfecciona con la unión carnal: *Matrimonium sponsali conventionione initiatur, commixtione perficitur* (c. 37). La analogía advertida por los glosadores del matrimonio con la categoría de los contratos reales del Derecho Romano, explicaría la naturaleza contractual atribuida al matrimonio, ajena empero a la concepción romana del matrimonio, y el valor jurídico constitutivo del contrato otorgado a la unión carnal. Existiría así un matrimonio meramente iniciado, para lo que bastaría el consentimiento incluso de futuro (esponsales), y un matrimonio perfecto o consumado, el cual se alcanzaría con la *commixtio corporum*, la cual por sí sola no es capaz de formar un matrimonio si no hubo previo consentimiento conyugal, y en ambos casos sería lícito hablar de *coniugium*, matrimonio, y de cónyuges (c. 38). De acuerdo con ese significado lato de matrimonio, que comprende el matrimonio iniciado y el perfecto, podría decirse que hubo matrimonio entre María y José, pero *stricto sensu* la realidad de tal matrimonio sólo podría derivar de la extraordinaria excepcionalidad del caso, pues, como afirma Graciano, *ad nuptias Mariae Ioseph non pervenit* (c. 45).

Por último, hay un comentario de Paucapalea, el c. 51, a propósito de una distinción entre *fides pactionis* y *fides consensus*:¹⁵ La primera es el consentimiento para contraer futuro matrimonio y la segunda el consentimiento matrimonial propiamente dicho. En realidad, esta palea compromete la inicial construcción teórica de Graciano, salvo que la *fides pactionis* se considere equivalente a los esponsales o consentimiento matrimonial de futuro, dando paso a un matrimonio iniciado, pero solo si se produjera después la unión carnal faltando el consentimiento de presente, pues se entiende que en tal caso la unión carnal suple tal consentimiento. Fuera de ese caso con la *fides consensus* se iniciaría el matrimonio que se perfeccionará con la *commixtio carnalis*.

Pedro Lombardo en sus *Sententiarum libri quattuor*¹⁶ (4, *distinct.* 26) rechaza que la unión carnal (*permixtio sexuum*) sea necesaria para la perfección del matrimonio, aduciendo que de ser así el matrimonio de José y María no habría existido o no habría sido perfecto. En el matrimonio más vale la santidad del sacramento, es decir, el

¹⁵ Duobus modis dicitur fides, pactionis et consensus. Si aliquis alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere. Si aliam duxerit, penitentiam debet agere de fide mentita: maneat tamen cum illa, quam duxit. Non enim rescindi debet tantum sacramentum. Si autem fecerit fidem consensus, non licet aliam ducere. Si autem duxerit, dimittet eam, et adherebit priori. „Est autem fides pactionis, quando aliquis promittit fidem alicui, quod eam ducet, si permisserit ei rem secum habere, uel etiam pro consensus. Fides autem consensus est, quando, etiamsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo se suspiciunt."

¹⁶ Edición utilizada: *Magistri Petri Lombardi Sententiae in IV libris distinctae Spicilegium Bonaventurianum IV/V*. Ed. Collegium S. Bonaventurae ad Claras Aquas, Roma, 1971.

símbolo de la unión de Cristo con su Iglesia, que la fecundidad del vientre (*In nuptiis plus valet sanctitas sacramenti, quam foecunditas ventris*). El sacramento sería así la causa formal del matrimonio en términos aristotélicos. En la *distinctio* 27 del libro IV a la pregunta sobre la causa eficiente del matrimonio, *quid sit coniugium*, qué es el matrimonio o qué es aquello que forma o perfecciona el matrimonio, responde del mismo modo que Graciano: “la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento, pero no cualquier consentimiento, sino sólo el expresado con palabras: y no sobre un futuro, sino sobre el presente (*efficiens causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus: nec de futuro, sed de praesenti*).

De este modo, distingue Lombardo entre un *consensus de futuro* y un *consensus de praesente*, de tal modo que sólo el de presente es el que perfecciona el matrimonio, es su causa eficiente. El consentimiento de futuro es identificado con el que se presta en los esponsales y el consentimiento de presente es el que se presta en el matrimonio entendido como acto (*matrimonium in fieri*). Que *solus consensus facit matrimonium*, adviértase la anteposición del adjetivo *solus* por Lombardo, a diferencia de Graciano que lo omite, lo avalan las mismas autoridades invocadas por Graciano que Pedro Lombardo repite: Isidoro, Juan Crisóstomo, el papa Nicolás I y Ambrosio.

Es claro que el consentimiento por exigencias de la sacramentalidad se limita a los que contraen matrimonio. No obstante, el papa Evaristo introdujo en el siglo II como requisito de validez del

matrimonio el consentimiento de los progenitores para el solo caso de matrimonio de hijas *in potestate*; sin embargo, esta decisión papal defectuosamente formulada, a juzgar por los términos con que Vacario informa de ella en el contexto del debate doctrinal sobre la perfección del vínculo matrimonial, gozó de dudoso éxito histórico. También aborda la cuestión del consentimiento parental, según refiere Vacario, una decretal de Eusebio, en la que se niega toda licitud a los intentos parentales de entregar a la joven prometida a otro hombre.

El papa Alejandro III se ocupó prolíficamente del matrimonio.¹⁷ Sus decretales pasaron al libro cuarto del *Liber Extra* de Gregorio IX, pero armonizadas por Raimundo de Peñafort con posteriores decretales de otros papas y es a través de esta labor de armonización que Alejandro III vendría a confirmar la tesis consensualista de la formación del vínculo matrimonial, propia del Derecho Romano, presente explícitamente en Ulp. 36 *ad Sab.* D. 50, 17, 30: *Nuptias nonconcubitus, sed consensus facit*,¹⁸ pero sin dejar de reconocer importantes efectos jurídicos a la unión carnal. Así, el matrimonio se perfecciona por el consentimiento de presente, pero también, faltando éste, por la unión carnal si hubo un consentimiento de

¹⁷ De la perfección del vínculo conyugal tratan especialmente estas decretales: C. Ia, IV, 4, 4; C. Ia, IV, 4, 6; X. IV. 4, 3; X. IV, 4, 4; X. IV, 5, 3; X. IV, 7, 2; y X. IV, 16, 2.

¹⁸ También en Ulp. 35 *ad Sab.* D. 35, 1, 15: *Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

futuro.¹⁹ Como ha observado C. Donahue Jr., las decretales alejandrinas casi siempre optan por promocionar la libertad de elección matrimonial, lo que representaría una mejora de la posición del individuo ante el matrimonio y especialmente de la mujer,²⁰ lo cual ciertamente se avendría con la concepción en boga en el siglo XII del amor cortés, tan productiva literariamente.

Conforme a la teoría alejandrina, plasmada finalmente en X. IV, 7, 2, existe un consentimiento de presente, capaz de perfeccionar *per se* tanto el sacramento como el matrimonio *in fieri*, de originar un matrimonio rato o “perfecto”, y un consentimiento de futuro,

¹⁹ Esta teoría alejandrina queda plasmada definitivamente en X. IV, 7, 2: *Si vivente prima uxore et non cognita, quis contraxit cum secunda scienter, et eam cognovit, etiam mortua prima secundam habere non potest; secus, si prima erat non legitima uxor. Idem Abbati de Fontibus. Significavit nobis O. Andegavensis, parochianus Eboracensis ecclesiae, per W. fratrem suum, quod W. de Romar., qui est ex hac luce subtractus, capiens eum tamdiu in vinculis ferreis et carcere tenuit, donec ipsum iurare coëgit, quod H. mulierem duceret in uxorem. Quum autem vincula et carcerem evasisset, aliam in uxorem accepit, de qua filios procreavit. Postea vero idem O. a praefata H. coram venerabili fratre nostro Eboracensi archiepiscopo apostolicae sedis legato tractus in causam, ab eo coactus est iuramento firmare, quod ad illam, quam sponte in uxorem acceperat, non accederet, donec lis esset iudicio ecclesiastico terminata. Ceterum quia, priusquam de causa cognosceretur legitime, praenominata H. diem clausit extremum, praedictus O. ad eam, de qua filios habuit, reverti non audet. Inde est quod discretioni vestrae per apostolica scripta praecipiendo. Mandamus, quatenus, rei veritate diligenter inquisita et cognita, si vobis constiterit, quod eidem O. tanta vis illata fuerit, ut praedictam H. iuraret in uxorem accipere, et, quod non sponte in primam consenserit, nec post praestitum iuramentum ipsam carnaliter cognoverit, propter hoc non dimittas, quin ad aliam, quam postea in uxorem accepit, revertendi liberam appellatione remota tribuas facultatem. Alioquin sibi, ne ad secundam revertatur, sub interminatione anathematis inhibens, des ei licentiam ducendi aliam, si voluerit, in uxorem.*

²⁰ DONAHUE, Jr., C., *Law*, «The Policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage», en S. Kuttner (editor), *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, p. 270 ss.

equivalente a los esponsales, generador de un matrimonio *initiatum*, el cual precisa para transformarse en matrimonio *perfectum* o *ratum* de la corroboración posterior de un consentimiento de presente o de una unión carnal precedida de unos esponsales o consentimiento de futuro. En ambos casos se consideraría perfecto el matrimonio. La unión carnal sería relevante jurídicamente en tanto que dotaría al matrimonio de la característica de la indisolubilidad, convirtiéndolo en matrimonio consumado, una reafirmación del matrimonio como contrato y como sacramento, en una suerte de matrimonio no solo perfecto sino también, por así decir, “pleno”.

La naturaleza sacramental del matrimonio bajo una concepción teológica cristiana y iuscanonista es la causa principal de la brecha existente con la concepción romana del matrimonio. La primacía en los tiempos de formación del *iuscommune* de la concepción teológico-canónica sobre la civil o romana explicaría el triunfo histórico de aquella en las modernas regulaciones del matrimonio. Ante todo, el matrimonio romano no descansa en la prestación del consentimiento inicial al acto de contraer matrimonio, a diferencia del matrimonio bajo el prisma teológico-canónico, en el que la condición de sacramento que presenta el matrimonio tiene como consecuencia necesaria la importancia radical de tal consentimiento, de donde deriva también la concepción contractualista del matrimonio canónico. El matrimonio no es un contrato en Derecho Romano, nunca es nominado como tal en las fuentes. El contractualismo matrimonial fue fruto de la interpretación de los

glosadores de los textos romanos imbuidos de la visión teológico-canónica y a partir de la percepción de las evidentes analogías entre el matrimonio y los contratos en lo relativo a la existencia de una convención y a su estructura e incluso contenido. Al no ser el matrimonio romano un contrato no se crea un vínculo jurídico propiamente dicho entre los cónyuges, cuya disolución corra a cargo de alguna autoridad pública o cuyas obligaciones respectivas puedan ser exigidas judicialmente –las que existen se generan por instituciones asociadas al matrimonio, como la dote, o no derivan institucionalmente del matrimonio sino del parentesco, etc.–. El matrimonio romano como matrimonio *in fieri*, como acto, ciertamente precisa del *consensus* o consentimiento inicial al acto, así como de otros requisitos o presupuestos de capacidad y de legitimidad de los contrayentes. Cualquier otro elemento que acompaña al matrimonio como acto, pompa, ritual o instrumento, son *argumenta seu appenditia contractarum nuptiarum*, “pruebas o apéndices del matrimonio que se celebra”, como dice la *Summa Codicis Trecensis* (5, 4, 6), no requisitos sustanciales.

Lo que realmente interesa en Derecho Romano es el matrimonio como estado, el matrimonio *in facto esse*, el cual tiene como fundamento la *affectio maritalis*, el “amor conyugal”, que podríamos definir como el consentimiento al matrimonio como estado, como la voluntad de permanecer en unión conyugal, siendo esta *affectio maritalis* la sustancia vivificante del matrimonio, que mientras existe hace perfecto al matrimonio y si desaparece lo disuelve. Eso explica

que el matrimonio romano sea naturalmente disoluble. En suma, si para el Derecho Canónico lo que importa es el matrimonio como acto o matrimonio *in fieri*, para el Derecho Romano lo importante es el matrimonio como estado, *in facto esse*, como comunidad o sociedad de vida.

Vacario, probable discípulo de uno de los llamados “cuatro doctores”, Martín Gosia, según la *communis opinio*, compartirá la visión contractualista del matrimonio propia de los canonistas²¹, pues los legistas no se interesaron por esta institución, que abandonaron en manos de los canonistas. La singularidad de la *Summa de matrimonio* reside, por un lado, en que se trata de un trabajo hecho por un legista y no un canonista, Vacario, quien como él mismo reconoce al inicio de la obra en un ejercicio retórico de *captatio benevolentiae* se comporta con osadía al opinar y enseñar acerca de un tema, la perfección del vínculo matrimonial, ajeno a su ámbito de estudio (§1). Por otro lado, por no sumarse en bloque a las tesis de teólogos y canonistas sobre la formación del vínculo matrimonial y ofrecer otra tesis a partir del derecho romano justiniano.²²

²¹ Ilustrativa al respecto es la siguiente glosa: Rogerius, *Summa Codicis* 5, 1: *Audivimus in superioribus de contractibus rerum, nunc audiamus de contractibus personarum, id est de matrimoniis... vel aliter: expeditivimus in superioribus de ea societate, que ius fraternitatis habet et gratia lucrandi contrahitur, consequens est ut de societate maris et femine audiamus.... – Queri solet si sintne sponsalia contractus.*

²² Sobre precedentes de la teoría de Vacario acerca de la perfección del matrimonio entre los glosadores véase DONAHUE Jr., C., «The Case of the Man Who Fell into the Tiber: The Roman Law of Marriage at the Time of the

Para Vacario al problema teórico acerca de la formación y disolución del vínculo matrimonial han contribuido en buena medida las exposiciones doctrinales de los *magistri*, que en lugar de arrojar luz al respecto ensombrecen la verdad de las cosas (§2). La impronta aristotélica en las argumentaciones de Vacario, como en general en los glosadores, es notoria, así como es permanente el recurso a la analogía y a las autoridades. La primera crítica de Vacario está dirigida a la distinción entre matrimonio iniciado y matrimonio perfecto o consumado, distinción expresada por Graciano en su Decreto, a quien no menciona, pero sí ha leído evidentemente.

Para Vacario hablar de matrimonio ‘iniciado’ o en general de cualquier cosa ‘iniciada’ carece de sentido. Argumenta aquí en términos más bien de impronta neoplatónica que lo que se ha iniciado ya es perfecto, pues algo es perfecto desde que comienza a existir: “hay inicio de una cosa”, nos dice, “cuando de aquel inicio puede seguirse un estado saludable de tal cosa, ya se trate del matrimonio como de las demás cosas”; y “en todos los casos acontece que la perfección de la iniciación está contenida en la perfección del estado, es decir, aquélla genera éste” (§3).

Rechaza Vacario la teoría “coitalista”, que ve en la unión carnal el punto de partida del matrimonio. Su opinión es acertada bajo un razonamiento aristotélico, pues esta concepción naturalista acerca

Glossators», *The American Journal of Legal History*, 22, 1, 1978, pp. 13 ss.

de la formación del matrimonio confunde la causa final del matrimonio, la propagación de la especie (*propagatio generis*), con la causa eficiente, el *quid sit matrimonium*, que es lo que interesa determinar. Invoca Vacario como apoyatura la autoridad de Ambrosio: *Non defloratio virginitatis facit matrimonium sed pactio coniugalis*. Y tal *pactio coniugalis* no es una promesa de futuro, no son unos esponsales, sino un acuerdo de presente, un acuerdo que por sí mismo une, *coniungit* (§4).

Invocando la definición de Florentino de esponsales: *sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum*: D. 23, 1, 1 (§4), y las diferencias entre los esponsales y el matrimonio conforme al Derecho Romano, rechaza también Vacario otras dos teorías canonistas: la teoría “esponsalicia”, que ya considera matrimonio a los propios esponsales, propia en principio de Agustín²³ y también de Isidoro;²⁴ y aquella “esponsalicio-coitalista”, seguida, entre otros, por Jerónimo²⁵ o Juan Crisóstomo,²⁶ según la cual, el matrimonio es un proceso que se inicia con los esponsales, unión espiritual de las almas, y se consuma con la unión carnal, de modo análogo al contrato de sociedad, que se inicia con la voluntad de crear la unión y se perfecciona con la aportación de bienes; y la donación, que se

²³ August. *bon.coniug.* 5, 5.

²⁴ Isid. *Etym.* 9, 7, 19: *Matrimonium est nubiliu iusta conventio et condicio.*

²⁵ Jer. *Contra Helvidium*, 4.

²⁶ El matrimonio entendido por Juan Crisóstomo como el restablecimiento de *una caro*, por ejemplo, en su exégesis a Gn. 2, 24 y Mt. 19, 1-12 en *De non iterando coniugio*, 2, PG 48, 612 e *In Genesim*, 38, PG 53, 353C.

inicia con el pacto de donación y se perfecciona con la entrega al donatario de la cosa donada.

Conforme a esta teoría, el sacramento surge no con el consentimiento conyugal mutuo, sino con la unión carnal, sólo ésta representa la unión de Cristo con la Iglesia. El argumento de Vacario contra estas teorías es claro: un matrimonio futuro no es un matrimonio. Formula Vacario su teoría de que en el matrimonio se generan dos contratos.

Efectivamente, *in personarum societate, id est in matrimonii negotio, duos contingit fieri contractus*. El primer contrato son los esponsales. El segundo contrato es el matrimonio y en este segundo los contratantes o esposos quedan obligados a satisfacer el débito carnal. Encuentra Vacario una analogía con el contrato romano de depósito. En él uno promete recibir la custodia de las cosas (primer contrato), del mismo modo que el esposo promete recibir a la esposa (los esponsales); y, habiendo recibido ya las cosas, surge la obligación de custodiarlas (segundo contrato), del mismo modo que, recibida la esposa, es decir, acontecido el matrimonio, se obliga a pagar la deuda: el débito conyugal. Pero este doble contrato no siempre acontece y no por ello deja de haber un matrimonio, ni tampoco se requiere la unión carnal (§9). Vacario aduce el ejemplo veterotestamentario de Jacob y Lía, en que ni hubo esponsales ni unión carnal y no por ello dejó de existir matrimonio entre ellos (§10).

Rechaza Vacario la teoría consensualista, según la cual basta que el consentimiento nupcial se exprese con palabras de presente para que se perfeccione el vínculo matrimonial. Según Vacario, cabe objetar a esta teoría el hecho de ser contraria al derecho natural y al derecho civil, pues con la mera intención o voluntad no pueden hacerse suyos los esposos, sino que se precisa además la total entrega, del mismo modo que el dominio y la posesión no pueden adquirirse *nudo animo*, sino que necesitan de la aprehensión corporal o como mínimo de la percepción visual del objeto. Que uno sea recibido o entregado –*accipere* es el verbo que emplea Vacario– como cónyuge no significa unión carnal. Es el momento en que uno comenzó a tenerla como esposa cuando ésta se considera como entregada, *quasi tradita*, es la expresión utilizada por Vacario (§12).

Así, pues, según Vacario, para la perfección del matrimonio, para la formación del vínculo matrimonial, se precisan dos requisitos: el consentimiento matrimonial de presente y la *mutua quasi traditio* de los esposos. No obstante, la necesidad de una manifestación externa adicional al consentimiento ya tenía precedentes. La hallamos exigida por Búlgaro y Juan Basiano, que se refieren a la *ductio* de la esposa en sus respectivos comentarios a D. 35, 1, 15 o también Placentino en *Summa Tubingensis* 5, 1, 2; y Martín Gosia, que en una glosa a D. 23, 2, 5, entiende que la conducción de los esposos puede ser indistintamente a casa de uno u otro. Lo novedoso de Vacario es precisamente que esa manifestación externa sea una abstracta *quasi traditio*, independientemente de la forma que materialmente adopte,

la *deductio in domum mariti* u otra distinta y que sea *mutua*, relativa a los dos esposos, no sólo a la mujer.

Vacario argumenta así: La unión carnal no es una cuestión de derecho sino de hecho (*concubitus tantum facti est non iuris*) a diferencia del matrimonio, que *ius tantum est*, por lo que no aporta nada a éste, ni entendido como acto (*in fieri*) ni como estado (*in facto esse*). El matrimonio se perfecciona por el consentimiento seguido de tradición, la unión carnal es sólo una forma eficaz de demostrar la perfección del matrimonio como estado, pero los cónyuges se hicieron *una caro* no por el ayuntamiento carnal, sino por la unión conyugal legítima. Vacario invoca una decretal del papa Hormisdas en apoyo a su teoría de la *quasi traditio*, en virtud de la cual, el consentimiento constitutivo del matrimonio consiste en “consentir mutuamente el tomarse uno al otro como esposos”. Así pues, el consentimiento seguido de mutua cuasi tradición perfecciona el matrimonio (§19).

Recorre Vacario a la analogía y argumentos extraídos del Derecho Romano: Por la misma entrega (*traditio*), se perfecciona el matrimonio, pues cuando a un marido le es entregada la esposa al instante la hace suya, de modo que ya tiene el pleno deber de conocerla y una potestad semejante a la de un sacerdote legítimamente ordenado e instituido ministro en alguna iglesia que, habiendo tomado posesión de ésta, conserva íntegra y perfecta la potestad de su oficio antes de ejercitarla (§30). Una potestad no ha de ser ejercitada para que se perfeccione, sino que debe

perfeccionarse para ser ejercitada. Algunas veces se dice que con la ejecución se perfecciona, por ejemplo, una estipulación; sin embargo, la estipulación antes del pago es perfecta en la medida de la obligación. Pues bien, del mismo modo en el matrimonio hay una perfección en la obligación (*in obligatione*) y una perfección en el cumplimiento de esa obligación (*in solutione*). La obligación que se quiere exigir por estipulación es imperfecta antes del pago, no, en cambio, la propia estipulación, que es perfecta y se ha consumado con la misma formulación de las palabras solemnes. Del mismo modo se dice que la injuria jurídicamente inicua se ha perfeccionado desde el momento en que alguien ha conseguido un derecho inicuo, aunque nunca se sirva de él (§31). Pues bien, idéntica razón se da en el matrimonio: el matrimonio es perfecto por el consentimiento y la tradición, pero el débito conyugal sólo será perfecto cuando se produzca la unión carnal.

Conclusiones acerca de la perfección del vínculo matrimonial según Vacario:

1ª. Aceptación de la concepción “contractualista” del matrimonio característica de los canonistas, pero ofrecimiento de una tesis propia de la perfección del vínculo matrimonial a partir del derecho romano justiniano.

2ª. Reprobación de las siguientes teorías: Coitalista, que identifica la causa final del matrimonio, la *propagatio generis*, con su causa

eficiente, el *quid sit matrimonium*; esponsalicia, que remonta el matrimonio a los esponsales; y esponsalicio-coitalista, que concibe el matrimonio como un proceso que se inicia con los esponsales y se consuma con la unión carnal, de modo análogo a lo que acontece en el contrato de sociedad y en la donación.

3ª. Teoría del doble contrato en el negocio matrimonial: Habría un primer contrato, el de esponsales, y un segundo contrato, el de matrimonio. En éste hay entrega recíproca de los esposos y obligación de satisfacción del débito conyugal. Consiguiente analogía del matrimonio con el contrato romano de depósito.

4ª. Requisitos para la perfección del vínculo matrimonial: Consentimiento matrimonial de presente y mutua *quasi traditio* abstracta de sendos esposos. Consiguiente rechazo de la teoría consensualista o de sólo el consentimiento nupcial expresado en términos de presente para la perfección del vínculo matrimonial.

ANEXO

Traducción de la *Summa de matrimonio* de Vacario, a partir de la edición crítica de Frederic William Maitland: Londres, 1898, 14-31 (= *LQR*, 13 [51], 1897, 270-287), la cual puede consultarse en las siguientes páginas web:

Internet Archive. Archive.org.

<https://archive.org/details/magistrivacarii00librgoog>

The Online Books Page

<https://catalog.hathitrust.org/Record/100402624>

AQUÍ COMIENZA CIERTO COMPENDIO DEL MAESTRO VACARIO ACERCA DEL MATRIMONIO

[§1.] Sólo hay dos cosas que siempre me impulsan a escribir con osadía, a saber, la utilidad común y el amor a la verdad, y porque escrito está “preguntad y encontraréis, llamad y se os abrirá”, suele ocurrir algo singularmente admirable: que aquello que la ciencia no ha encontrado a menudo lo halla la inquietud y el afán del que busca, tal como me pasó a mí en aquel opúsculo que escribí bajo el título *De assumpto homine*. He tratado esta cuestión, ciertamente ardua, consciente de mis limitaciones y poniendo en ella todo mi talento más por inspiración divina que por obligación. [§2.] Ahora también afrontaré una cuestión que no sólo no es vana, sino que ciertamente ha sido abordada por muchos maestros, pero que no he encontrado resuelta a plena satisfacción por ninguno de ellos: Se trata de la unión y disolución conyugales, las cuales son reguladas por el Derecho civil y sobre todo por el Derecho canónico de distinta forma, aunque uno y otro Derecho compartan la misma definición de matrimonio. Así pues, hay entre aquellos actos mucha diferencia y confusión y un espeso velo en torno a uno y a otro, es decir, en torno a la formación y la disolución del matrimonio, a cuya mayor turbación ha contribuido, en mi opinión, la exposición doctrinal de los maestros, la cual perturba tanto la misma verdad de las cosas como la de sus denominaciones, como ocurre con la idea propuesta de que el matrimonio es o algo sólo iniciado, o algo iniciado, consumado y no celebrado válidamente o algo iniciado, consumado y celebrado válidamente o perfeccionado; y, obviando de momento

otras cosas, por matrimonio “iniciado” entienden los maestros la celebración de esponsales. [§3.] Pero me parece que sólo debe llamarse “iniciado” lo que de tal manera se ha formado con sus propiedades y se ha consolidado lo suficiente como para poder recibir la denominación de “iniciado”. Es así que llamamos “consagrado” tanto a la poción mística como también al cristiano iniciado, aquel que nacido accede al bautismo. Así pues, hay inicio perfecto de una cosa cuando de aquel inicio puede seguirse un estado saludable de tal cosa, ya se trate del matrimonio como de las demás cosas. De este modo, cuan perfeccionada se halle la condición de cristiano en su inicio así de perfeccionado estará el propio iniciado, pero respecto al estado de éste, únicamente se habrá incoado, de ahí que Agustín escribiera acerca del trabajo de la creación de Dios en seis días lo siguiente: “puesto que comprendemos que Dios había consumado la creación desde el momento en que hubo creado todas las cosas tan acabadamente que ya no habría quedado nada por crear incluso en el devenir de los tiempos distinto de lo que ya había sido creado, se entiende por haber sido incoado lo que ha sido prefijado por unas causas que después se ha completar con unos efectos”. En todos los casos acontece de tal guisa que la perfección de la iniciación está contenida en la perfección del estado, es decir, aquélla genera éste, pues del mismo modo que a partir del perfeccionamiento de la consagración se perfecciona el oficio de sacerdote, de la perfección jurídica de un matrimonio se perfeccionan el estado y oficio matrimoniales. De acuerdo con ello, no es correcto hablar de “matrimonio iniciado” si tal matrimonio no se ha perfeccionado

jurídicamente, pero ya se informará de ello más adelante cuando se trate del matrimonio en acto (*in fieri*). Estas y otras muchas cuestiones, que me inquietaban y estimulaban, me indujeron a escribir, haciéndolo, sin embargo, con moderación, de manera que de las muchas opiniones que me he propuesto examinar, no haré mía ninguna de ellas a despecho de las otras, sino que juzgaré de una en una, a medida que me salgan al encuentro, si prueban o no razones y argumentos.

[§4.] Sobre el matrimonio. Dado que el matrimonio fue instituido para la propagación del género humano, como quiera que el varón y la mujer creyeron que por la unión de sus cuerpos se hacían una sola carne, por ese motivo pensaron también ciertos sumos pontífices que el matrimonio consistía en esa misma unión de la carne, opinión que cuidaron de alejar los más expertos. Así, Ambrosio dice: “Cuando se inicia el matrimonio procede utilizar el nombre de ‘cónyuge’”, desde ese preciso momento y no después. De ello se deduce que “la pérdida de la virginidad no hace el matrimonio sino el convenio conyugal”, es decir, aquello mismo que vincula al hombre, no lo que se le promete. Esta interpretación es congruente con la definición de matrimonio: “Es matrimonio la unión de varón y mujer que comporta un modo de vida inseparable”. Así pues, el matrimonio no consiste en la unión carnal, ni tampoco en los esponsales, en la simple esperanza de futuro matrimonio, como algunos piensan, lo que resulta evidente de la propia definición de ‘esponsales’: “Esponsales son la promesa recíproca de futuro matrimonio”. [§5.] Así pues, una cosa son los esponsales y otra el matrimonio y es totalmente distinta la naturaleza de uno y otro,

pues, así como en los esponsales hay una entrega de arras, no la hay, en cambio, en el matrimonio. Asimismo, en los esponsales no se utiliza el nombre de *uxor* sino el de *sponsa* y en el matrimonio no se habla de *sponsa* sino de *uxor*. Tampoco en los esponsales se tienen en cuenta la edad, el domicilio y la presencia, sino que sólo basta el consentimiento, mientras que en el matrimonio tanto la edad, como la presencia o el domicilio son exigidos. Además, hay otras características que separan el matrimonio de los esponsales, pues entre el marido y la mujer están prohibidas las donaciones, no así entre el prometido (*sponsus*) y la prometida (*sponsa*). [§6.] A quienes aquello piensan así cabe responderles: Según el derecho secular, se distingue el matrimonio de los esponsales del modo en que se ha indicado y no conforme al Derecho canónico, de acuerdo con el cual, el matrimonio es aquella unión espiritual de las almas, la cual, ciertamente, se inicia con los esponsales, pero se perfecciona y consume con la plena unión carnal. Así pues, sólo se contrae una vez, esto es, a través del convenio de esponsales, y después con esa unión carnal se confirma la misma unión conyugal, tal como acontece en un contrato de sociedad con aportación de bienes, pues por el consentimiento sólo se contrae la obligación de crear la unión, unión que después se perfecciona y consume con la aportación de los bienes; lo mismo ocurre con el pacto de donación, pues por éste se inicia la donación en tanto que surge la obligación de realizarla, perfeccionándose la donación en el momento en que se entrega la cosa. Pues bien, lo mismo acontece cuando la unión es de personas, la cual se haya establecida espiritualmente para todas las personas, tanto libres como esclavas, no por derecho secular sino por el

Derecho canónico, y existiendo una regulación única del matrimonio para todos, de tal modo que ni el libre de nacimiento puede apartarse del matrimonio una vez ha quedado éste constituido, ni el esclavo puede apartarse o ser apartado de él, habida cuenta de que la Iglesia ni en la constitución del matrimonio ni en su disolución se rige por las normas del derecho civil, sino más bien por cierta regulación espiritual, como ya dijimos, con arreglo a la cual, los mismos esponsales representan el juramento del alma a Dios, y, así como el esposo se une entonces a la esposa por el consentimiento, igualmente se entiende que el alma se une a Dios por amor. Por eso afirma Ambrosio: “En todo matrimonio se entiende que hay una unión espiritual, a la cual confirma y perfecciona la plena unión carnal de los cónyuges”. “Al escuchar unión espiritual del alma entendemos unión con Dios, y en verdad en la unión carnal se oculta el sacramento de Cristo y de la Iglesia, y de la misma manera que el marido con la mujer se hace una sola carne, se cree que en el útero virginal Cristo se hizo una sola carne con la Iglesia”. “Puesto que se trata del sacramento más vulnerable –pues el alma que se adhiere a Dios se aparta de él– por razón de su forma, es decir, la promesa de matrimonio, también deviene nulo por ciertas causas entre personas que legítimamente lo pueden contraer; sin embargo, un sacramento de la Iglesia es absolutamente indestructible y, dado que en la unión carnal radica el matrimonio, de ningún modo podrá ser válidamente destruido por alguno de los dos cónyuges en vida”. Ahora bien, esta opinión, es decir, la de que el matrimonio se inicia por la unión de las almas en los esponsales y se perfecciona y consuma por medio de la unión carnal, es

reconocida por muchos otros autores. Tal es el caso de Jerónimo que, a propósito de Abdías, señala esto: “Por lo cual fornicarán con vuestras hijas y serán adúlteras vuestras esposas. Se ha de observar que respecto a las hijas habla de futura fornicación y de adulterios habla en relación con los matrimonios, los cuales se inician por un convenio de esponsales y se perfeccionan por la unión carnal”. También Isidoro, quien afirma lo siguiente: “Son llamados ‘cónyuges’ más verosímilmente por los esponsales”. Igualmente, Agustín afirma que “son llamados ‘cónyuges’ por la confianza depositada en un principio en los esponsales, aunque no haya habido coito ni éste fuera a producirse en el futuro, y ni perecería ni resultaría mendaz la denominación de ‘cónyuge’, aunque no hubiera existido ni llegara a existir una unión carnal”. [§7.] Pero contra esto hay que preguntar si con los esponsales ya se ha iniciado el matrimonio, razón por la que se le llama ‘futuro’, “pues esponsales son futuros matrimonios”, esto es, aquellos matrimonios que aún no existen. Así pues, en los esponsales no hay un matrimonio iniciado o lo que es lo mismo un matrimonio iniciado no es un matrimonio. [§8.] A quienes opinan esto les responden otros de este modo: “quien jura que él va aceptar a una mujer en matrimonio contrae al instante matrimonio, porque si consiente la futura atadura carnal consiente para él un modo de vida inseparable”. Según algunos, por la sola unión de la carne debe decirse que existirá un matrimonio, y no por la misma unión de las almas y por la obligación que ya ha sido contraída a través de los esponsales, como acontece en otros contratos, como la sociedad de bienes, la donación y otros semejantes. Mientras que ya han sido

mencionadas la sociedad y la donación ya hechas respecto a la obligación, a partir de aquí respecto a la cosa se hablará en el futuro de 'perfección' y 'tradición'.

[§9.] Contra la citada opinión cabe decir empero que en el negocio societario toda obligación se perfecciona por medio del pacto de participación en el lucro o en el daño y que aquella misma obligación se extingue por entero cuando se ejecuta dicha participación en el lucro y en el daño. Y que la donación también se contrae íntegramente a través del pacto y se extingue toda con la entrega de la cosa. Lo mismo se produce en casos similares. Pero en la sociedad de personas, es decir, en el negocio matrimonial, ocurre que se generan dos contratos. El primer contrato es el de esponsales, en el que también quedan obligados sujetos extraños para que los propios contratantes principales adquieran para sí mutuamente por dote y por la donación por causa de matrimonio que se haya prescrito y propuesto. El segundo contrato es el de matrimonio, en el que los contratantes principales sólo quedan obligados a satisfacer el débito carnal. En otros negocios también acaece de manera similar que por prometer uno que recibirá la custodia de tus cosas, después de haber recibido éstas por tal causa, del mismo modo que antes de recibir las cosas no estaba obligado por la promesa de custodiarlas sino sólo a recibirlas, en un segundo contrato, es decir, habiendo recibido ya las cosas, al tiempo que se extingue la obligación de recibir surge la obligación de custodiar. Pues bien, de la misma manera pasa en los esponsales, pues el esposo no se obliga a pagar una deuda sino a recibir a la esposa; pero, una vez recibida ésta, es decir, acontecido el matrimonio, se obliga a pagar la deuda.

[§10.] A veces, sin embargo, se contraen nupcias no precedidas de esponsales, como ocurrió en el caso de Lía, la cual de ningún modo fue prometida a Jacob, sino entregada. No fue, pues, prometida, sino esposa por ratificación, no por unión carnal. Si bien Lía fue entregada por ratificación de Jacob, habiendo existido esponsales con Raquel, sin duda mediante la ratificación contrajo aquel matrimonio con Lía y también sin unión carnal, de modo que existe el matrimonio sin esponsales y sin unión carnal. Según esto, no puede enseñarse que los esponsales sean el modo en que puede iniciarse el matrimonio, a no ser que se entienda 'iniciarse' en el sentido de cierta preparación. Acaso tal vez diremos que Jerónimo, del mismo modo que erró en otra cuestión sobre esta materia, también en esto pudo haberse equivocado. Puede también decirse que se entiende por 'esponsales' aquella convención que se hace al tiempo de la misma entrega, en la que uno y otro interviniente manifiesta que quiere tener al otro como cónyuge. Ciertamente la misma confianza que se promete en los esponsales acerca de la futura tradición se expresa después en la propia tradición, luego se dice de ésta misma que es un 'consentimiento para un futuro matrimonio' (*fides pactionis de futuroconiugio*) o una 'consentimiento constitutivo del matrimonio' (*fides consensus de presenti*). Y éste es aquel consentimiento, aquella disposición de ánimo que hace y conforma el matrimonio, por razón de la cual Isidoro y Agustín utilizan el término 'cónyuges'. "Lo que es más verdadero", dice Isidoro, sobrentiéndose "que por razón del coito", en atención al cual, pues generalmente éste tiene lugar después, Agustín llama a aquella disposición de ánimo 'primera', de lo que se deduce "que ni

había existido aún coito ni tampoco éste tenía por qué producirse en el futuro”. Y así son suficientes estas explicaciones contra aquellos que piensan que el matrimonio se inicia con los esponsales.

[§11.] A continuación, vamos a ocuparnos de aquellos autores que afirman que por el consentimiento de presente es iniciado justamente el matrimonio. En efecto, algunos piensan que tal consentimiento de presente es aquella conjunción de intenciones de la cual, como se ha indicado antes, escribió Ambrosio: “En todo matrimonio una conjunción, etc.”. Según estos autores, basta que el consentimiento se exprese mediante palabras que denoten tiempo presente, como de este modo: “Te tomo y te recibo como cónyuge y quiero tenerte para siempre”, términos que permiten también contraer matrimonio entre ausentes por medio de mensajero o por carta. [§12.] Opinión que parece contraria tanto al Derecho natural como al Derecho civil, pues ni por la mera voluntad, ni por la sola intención, sino sólo por la total entrega puede hacerse tuya con la dote prometida aquella mujer que está ausente, del mismo modo que el dominio o la posesión no pueden ser adquiridos con la mera intención, sino a través de la aprehensión corporal o mediando como mínimo la percepción visual del objeto. Que la unión del matrimonio lo sea también de tradición corporal y de cuasi posesión lo prueban los términos del decreto, en el que se trata acerca del consentimiento de futuro y el consentimiento de presente, en cuyas palabras se define entonces el consentimiento constitutivo del matrimonio “cuando se consiente con el corazón y con la boca tomarse en matrimonio y consintiendo mutuamente se aceptan el

uno al otro”, luego por esto, es decir, por la mutua aceptación se contrae el matrimonio y, sin embargo, se afirma que se hace por consentimiento, como se ha dicho, porque se produce por el consentimiento, pues la unión de varón y mujer es natural por esencia y también común a todos los animales e informe, pero el consentimiento constitutivo del matrimonio se forma a partir de la confianza unas veces en el matrimonio, otras veces en el concubinato, pues también el concubinato es una categoría jurídica. [§13.] Del mismo modo, que una se convierte en esposa desde el momento en que es recibida como tal lo manifiesta Agustín cuando escribe de esta guisa lo siguiente: “No temas recibir a María como tu cónyuge”, de modo que en la frase se llama ‘cónyuge’ a la esposa puesto que era una cónyuge futura”. ¿Pero en qué otro momento iba a ser cónyuge sino en el preciso momento en que fuera recibida como tal? De hecho, no se iba a producir una unión carnal. No obstante, preguntará alguno: Si ya cohabitaban, ¿cuándo fue recibida, pues, como esposa? Sin duda es en el momento en que comenzó a tenerla como esposa cuando ciertamente debe ser considerada ‘como entregada’ (*quasi tradita*), porque por medio de la cohabitación adquirirá tal facultad. [§14.] Pero Juan Crisóstomo en su comentario al Evangelio de Mateo parece contradecir a los precedentes autores cuando escribe: “No temas recibir a María como tu cónyuge”, versículo en que simplemente (Mateo) indicó ‘esposa’. Asimismo, en la misma homilía dice: “Pues, así como después Cristo en persona confía aquélla a su discípulo, así también ahora un ángel se une con el esposo, no en un convenio solemne de matrimonio, sino en un consorcio de morada común. También: “Si

la hubiera conocido y la hubiera tenido en el lugar de una esposa, ¿cómo se la habría confiado el Señor a su discípulo sino como a modo de consuelo, ordenándole que la recibiera en su casa?” Igualmente, Jerónimo en el mismo evangelio señala: “Engendró José un varón en María: Al escuchar la palabra ‘varón’ no concebiste la sospecha de matrimonio, sino el recordar la costumbre de las Escrituras de llamar a los esposos maridos (*viri*) y a las esposas mujeres (*uxores*). Por su parte, Orígenes a propósito de la misma obra indica lo siguiente: “Ha sido hallada encinta por el dichoso José, a quien no le estaba permitido tocarla; sin embargo, de la que iba a ser su esposa, como se pensaba, había conocido todas sus cosas. Y más abajo: “Aunque sea llamada ‘esposa’ (*uxor*) para ti y en los esponsales se diga que es tuya, no es, sin embargo, tu esposa (*uxor*), sino la madre eterna de Dios Unigénito. Además, digo ‘cónyuge’ para ocultar su virginidad al diablo, para no destruir los designios de la ley. Seguidamente, demostraré que ésta no es tu cónyuge, según la costumbre del matrimonio que se observa, y no se crea que este que ha sido engendrado es tu hijo”. Asimismo, Gregorio en su explicación del evangelio se expresa en estos términos: “Al atardecer, permitió después de su resurrección que un discípulo suyo dudara, por ejemplo, de que antes del nacimiento de él María hubiera querido tener un esposo, de que ésta llegara a estar casada”.

[§15.] Estas afirmaciones parecen oponerse manifiestamente al discurso de Agustín, pues, si, según Juan, entre aquéllos no hubo convenio solemne de matrimonio; según Jerónimo, no hubo

matrimonio; según Orígenes, no hubo esposa (*uxor*); según Gregorio, el esposo no llegó al matrimonio, ¿cómo, según Agustín, la denominación de cónyuge no resulta mendaz? ¿Por qué razón son convocados los ‘progenitores de ambos’ o los ‘cónyuges’, dado que, en opinión de aquéllos de ningún modo han sido convocados tales progenitores? Pero se ha de observar que, aunque para él ellos mismos, cada uno de ellos, por alguna razón puede parecer discorde, sin embargo, al negar que (María) hubiera sido la esposa (*uxor*) todos reconocen que había sido la prometida (*sponsa*). Pues bien, la razón por la que (María) fue prometida (*sponsa*) es la misma sin duda que la razón por la que también fue esposa (*uxor*): Dado que indubitadamente por consejo del ángel se celebraron entre ellos (María y José) los esponsales y la promesa de matrimonio, por esa misma razón hubo de seguirse el matrimonio, lo que prueba que ella (María) fue hecha esposa (*uxor*). Efectivamente, cuando en los esponsales se hace una promesa de futuro matrimonio, si después no sigue el matrimonio que se ha prometido, se dice que la promesa no ha sido cumplida, pero entre estos prometidos (María y José), los más píos, la promesa fue plenamente cumplida. Así pues, la razón por la cual fue (María) primero prometida (*promissa*) o desposada (*sponsa*) es la misma por la que fue después recibida como esposa (*uxor*) y fue hecha esposa, según Agustín, “no por la carne sino por un acto de raciocinio (*mens*)”. En contra de esto, sin embargo, no opinaron aquellas autoridades, sino que más bien manifestaron lo mismo, esto es, que no fue esposa (*uxor*) por la carne. Así, afirma Orígenes: “Seguidamente demostraré que no se considera ésta tu cónyuge por razón del uso matrimonial”, es decir, por la relación

carnal, sino de acuerdo con los correspondientes preceptos establecidos para la protección y fidelidad a una virtuosa vida marital. No obstante, si se afirma que existe alguna discordancia en las opiniones antes indicadas, más visible sin duda para el lector más diligente, se ha de recurrir al remedio de Isidoro, conforme al cual, entre las opiniones discordantes se ha de preferir aquella de la cual conste una autoridad más antigua y más valiosa. [§16.] Pues, en efecto, los usos de la Iglesia reciben opiniones discordantes y de distintos tipos, la mayoría inútiles puesto que no se observan, como en el caso siguiente: El papa Evaristo instituyó cierta forma solemne de matrimonio, a cuya observancia obligó con tal severidad que, si el matrimonio se celebraba de otra forma, se presumiría que lo acontecido no era un matrimonio sino un adulterio, y para la propia confirmación de su precepto repitió al final, como era de costumbre, una fórmula cuyas palabras son estas: “A menos que su propia voluntad lo apoye y los votos legítimos lo respalden”, forma de matrimonio que había descrito más arriba sobre el caso de una muchacha, que debía ser pedida en matrimonio y dotada por sus padres y parientes, y acerca de otros asuntos que allí se trataban. Pero algunos dicen que esta fórmula añadida y puesta al final no sirve para la confirmación de su precepto, sino más bien para refutarlo, ridiculizando así la constitución del sumo pontífice, pues de lo que torpemente había ordenado al principio después, como llevado por el arrepentimiento, parece desistir al instante. Esto se interpreta así para eludir la oposición de quienes piensan de otra manera, pues por algunos se dice que el matrimonio se contrae ‘por el solo consentimiento’, interpretando esta expresión en el sentido

de que el consentimiento de los padres y parientes queda excluido, contrariando así la piedad y la equidad tanto natural como civil. Pero, tal vez, como se ha indicado con anterioridad, es mejor interpretar esta afirmación en el sentido de que ha de rechazarse la tesis de aquellos que piensan que con la unión carnal se consuma y perfecciona el matrimonio. Efectivamente, según esta opinión, no se ha de privar a la observación de la constitución del papa Evaristo de toda equidad plena y piedad, sobre todo porque no es una constitución general sino especial y relativa a aquellas muchachas que se hallan bajo la potestad o la custodia de sus progenitores, no viudas sino doncellas bien custodiadas, lo mismo que se enseña en el decreto del papa León, que comienza así: “De qué modo debe ser la esposa (*uxor*)”. En efecto, en el matrimonio de las muchachas casaderas también por una razón natural se exige el consentimiento de los padres y allegados, pues ¿acaso hay algo más justo para las muchachas que por causa de la fragilidad de su sexo recurrir para casarse al consejo de sus padres y de esta manera a su voluntad, que casarse torpemente en perjuicio propio y del decoro de sus padres sin haberse comprobado su aptitud para el matrimonio o habiendo sido engañadas a menudo en edad crítica? Es, por eso, que el padre prudente para robustecer la necesidad de ese precepto la somete a castigos, es decir, como si se tratara de adulterios, si por terquedad contra el precepto se celebraran las nupcias de otro modo. Pero, si por ignorancia del Derecho se hiciera de otro modo el matrimonio, ciertamente cesarían la pena y el crimen de adulterio; sin embargo, no dejaría de ser culpable de fornicación, a menos que quizá una justa causa de supina candidez e ignorancia pudiera excusar al

marido, caso en que, no existiendo adulterio, no le aguardaría seguramente tampoco la pena de fornicación; sin embargo, no se consideraría legítimo el matrimonio, sino más bien sería un simple contubernio. Así pues, tanto con arreglo al Derecho canónico como de conformidad con el Derecho civil, parece que ha de ser interpretada esta constitución como propia de un hombre experto en ambos Derechos. No obstante, tratándose de otras muchachas y mujeres, que no se hallan bajo la custodia de nadie, sino que son propiamente autónomas, *sui iuris* o viudas, no se exige para el matrimonio de éstas el consentimiento de los padres por imperativo del Derecho. Pero si también a aquellas muchachas, que se hallan bajo la patria potestad, se les permitiera por ventura casarse sin el consentimiento de los padres por alguna constitución de un sumo pontífice, ¿acaso por eso se habría de malograr la validez de la constitución del papa Evaristo, porque digamos que aquella contiene no una prescripción sino una permisión, como si al Derecho canónico, que a diario trata y se relaciona con el género humano, no se le admitieran las excepciones, sobre todo acerca de cuestiones que se hallan en los hábitos y en las costumbres? Hay quienes trabajan en vano para esto, para eliminar por doquiera cualquier contradicción y conseguir la coherencia, pero la mayoría de veces tratan de evitar de tal manera el vicio contra la verdad que terminan peor aún, estrellándose contra ella, como ocurre también en este caso. En efecto, según la interpretación de estos autores, lo que no es exigido por la ley sino sólo permitido, como la forma y el precepto del papa Evaristo, basta para que el matrimonio sea 'legítimo', mientras que lo verdaderamente exigido por ley, es decir,

la sola voluntad de las que se desposan, no hace que el matrimonio sea legítimo. Es como si, por ejemplo, se dijera que la institución de heredero, el número de testigos, las firmas y demás requisitos, que son exigidos por el Derecho, no bastan para que un testamento sea legítimo, mientras que los fideicomisos, los legados, las manumisiones y otras disposiciones, las cuales son meramente permitidos por la ley, sí hacen por sí mismos que un testamento sea legítimo. ¡Ojalá que esta opinión no sea sino la de aquellos que por amor a la controversia terminan pensando así! Pero basta lo dicho acerca de la constitución del papa Evaristo.

[§17.] Regresemos ahora a la cuestión planteada. Así pues, de las ideas que se han expresado me parece la más verdadera la de que el matrimonio se contrae precisamente por la mutua cuasi tradición. Pero indagemos si en ese preciso momento se perfecciona también el matrimonio. Dado que el matrimonio es sólo una cuestión de derecho, nada parece que le aporta la unión carnal, la cual es sólo una cuestión de hecho, no de derecho. Así, tomada la esposa, no sin razón se dice que su marido tiene sobre ella por ministerio de la ley la plena potestad de su derecho marital. Entonces ¿por qué se dice que no se ha perfeccionado en cuanto al derecho marital lo que ya se ha perfeccionado antes de la unión carnal? [§18.] Sin embargo, a lo así expresado parecen oponerse las palabras antes indicadas de Ambrosio: “En todo matrimonio unión marital, etc.”. Pero se han de parar mientes porque Ambrosio había dicho que “la desfloración de la virgen no hace el matrimonio, sino el consentimiento conyugal”, y a esto había añadido para su demostración más clara que se habla

de unión conyugal por razón de la unión, no de la unión, con el varón. A partir de esto alguien podría pensar erróneamente que no se exige comercio carnal para la perfección del contrato matrimonial, sino que la unión carnal corresponde a la perfección del matrimonio como estado. Efectivamente, si bien es cierto que el poder de la naturaleza es necesario para la procreación; sin embargo, sólo se exige el acto de contraer matrimonio para que se produzca la perfección del matrimonio. Pero si se pregunta por qué se dice que el matrimonio se perfecciona por el ayuntamiento carnal, siendo que se forma y perfecciona por el consentimiento, pues la forma de una cosa es su perfección, se ha de saber que el matrimonio, aunque parezca más que perfeccionado por su forma jurídica; sin embargo, para demostrar su perfección resulta eficaz el acto natural de la conmixti6n carnal, por mucho que quede oculto el poder de la naturaleza. Y por esto se dice ‘perfeccionar’: porque indica que se ha perfeccionado. Esta opini6n general vale, como expresa la frase, “para todo matrimonio”. Pero, seg6n otra opini6n, es v6lida esta opini6n si se restringe a aquellas personas a las que llaman ‘leg6timas’. En efecto, deja de ser v6lida necesariamente cuando faltan tales personas. Por ejemplo, pongamos que un hombre ha dejado a su concubina desde que supo que ella era la esposa de otro; fallecido despu6s el marido de 6sta, al punto se casa con ella. Este segundo matrimonio no puede ser confirmado, seg6n esta opini6n, porque a trav6s de una uni6n leg6tima no pueden los esposos hacerse una sola carne, pues por el adulterio ya tal se hicieron y, conforme a esto, ning6n matrimonio contra6do entre aquellos que antes del matrimonio mezclaron sus cuerpos podr6a ser

confirmado al tener la condición de sacramento, porque nunca se hacen una sola carne en ayuntamiento carnal legítimo los que antes ya se habían hecho tal.

[§19.] Así pues, por este motivo queda refutada aquella opinión, según la cual, el sacramento del matrimonio consiste en la cópula carnal, sobre todo si, como se narra, fue sacramento el matrimonio de santa María sin ninguna unión carnal de Cristo con la Iglesia. Pero esto es algo especial de aquel matrimonio, como dicen algunos, y si pudiera creer, no alcanzo a ver por qué razón deba ser esto cierto porque el sacramento se perfecciona no por mérito de una persona, sino por la conjunción de un privilegio especial y de una circunstancia única. Además, que no sea especial de este matrimonio, sino también de otros, el hecho de que tal sacramento tenga lugar antes de la cópula carnal, consta en una decretal del papa Hormisdas, en el que se puede leer que: “Si alguno pactara con alguna mujer, es decir, contrajera esponsales, si después se casara con otra haga penitencia de compromiso quebrantado y permanezca con la que se casó”. Y aporta la siguiente razón: Porque es evidente que “no puede rescindirse un sacramento”. Con estas palabras se manifiesta, pues, ostensiblemente que, con la esposa, con la que se casó después, se perfeccionó el sacramento, de donde se sigue que: “si se hubiera comprometido con la primera no habría podido lícitamente casarse con la segunda y, si efectivamente se hubiera casado con aquélla, habría renunciado a esta misma y se habría unido a la primera”. En la parte superior del mismo decreto se define el consentimiento constitutivo del matrimonio como el hecho

de “consentir mutuamente el tomarse uno al otro como esposos”. Luego en este compromiso, en tanto que contiene un sacramento también se perfecciona el matrimonio, de modo que, si después condujera a otra a su casa, abandonaría a aquélla. Pero aquí, pues, parece que tanto el matrimonio como su sacramento consisten más en la conducción de la mujer a la casa del varón que en la unión carnal. [§20.] Y a esta opinión no se oponen quizá las palabras del papa Alejandro, pues no dijo “sino que con la unión carnal se hacen una sola carne”, sino que dijo: “sino que con la conjunción legítima de macho y hembra se hace una sola carne a partir de dos, sin que entre ellos haya ningún sacramento del matrimonio”. Pero esta conjunción no es otra cosa que el matrimonio, esto es, un débito que contraen los esposos mutuamente antes de la unión carnal, de tal modo que el marido no tiene potestad sobre su cuerpo sino su mujer y, al contrario, el marido sobre el de la mujer. Pero, ¿qué es el cuerpo de uno y otro sino carne? Por tanto, a cada uno le pertenece la carne del otro recíprocamente y así los dos son una sola carne no por el ayuntamiento carnal sino por la unión conyugal legítima. [§21.] No obstante, a esta opinión cabe objetar las siguientes palabras de Agustín: “No cabe duda de que no está unida en matrimonio aquella mujer con la cual no ha existido una unión carnal”; y, según el papa León II: “con la cual se manifiesta no haber existido misterio nupcial”. Por consiguiente, en opinión de Agustín, no basta la citada unión conyugal si no va seguida de la unión carnal, o del ‘misterio nupcial’, en términos del papa León, para que la mujer “esté unida en matrimonio”. Así pues, Agustín parece contradecirse, pues en otro lugar afirma que el matrimonio se perfecciona sin la unión

carnal, como antes se ha mostrado. Pero puesto que allí había dicho que “no resultaría mendaz la denominación de cónyuge, aunque no llegara a existir una unión carnal”, alguno podría creer que no habría razón para exigir tal unión carnal. Por eso, afirma categóricamente que de ningún otro modo una mujer “contrae matrimonio” sino a través de la unión sexual, es decir, por efecto del instinto natural copulativo, cuando tal existiera, de la misma manera que una mujer no podría suceder testadamente si careciera de capacidad para suceder por testamento, es decir, que a favor de ella no pudiera hacerse testamento. Por consiguiente, de la misma manera que la que carece de capacidad para suceder testadamente, aunque fuera instituida heredera en testamento, no podría heredar válidamente por falta de capacidad, aquella con la que el varón no ha tenido una unión carnal, aunque el varón la hubiese conducido a su casa como esposa, no habría contraído matrimonio con éste o misterio nupcial. Ahora bien, si entre ellos hubiera acceso carnal, aunque aún no se hubiera consumado el acto en medio de los primeros abrazos dijera Agustín al varón: “Hermano, no la trates así porque aún no se ha unido a ti en matrimonio”, ¿acaso aquél no le respondería correctamente si lo hiciera en estos términos?: “Hablas indebidamente, Agustín, puesto que es mi esposa y me ha sido entregada para que tenga plena potestad sobre ella desde el primer abrazo hasta el último”. [§22.] A las anteriores palabras se opone manifiestamente la autoridad de cierta epístola decretal, que comienza así: “Ley de la divina constitución, etc.”, de la cual me limito a reproducir aquí el pasaje que contiene la oposición, a saber: “Aquel primer hombre, raíz y origen nuestro, viendo que le era

extraída una costilla para formar una mujer, profirió con espíritu profético entre otras las siguientes palabras: “Por causa de esto abandonará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a una esposa, etc.’, palabras con las cuales no hace sino afirmar que el hombre y la mujer no se unen sino por medio de la cópula carnal”. Luego de ningún modo uno queda unido a una mujer por el pacto nupcial, pues no podemos admitir de ninguna manera que en dicho pacto las meras palabras de la promesa puedan formar una sola carne, pues el parentesco de sangre se expresa con palabras, no se crea con palabras, ni el beso genera el parentesco porque no hace ninguna mezcla de sangre”. Así pues, por la misma razón ni el consentimiento hace el parentesco, esto es, la afinidad, ni tampoco hace el matrimonio porque no produce ninguna mezcla de sangre. Luego únicamente la unión carnal crea la afinidad o parentesco, es decir, el matrimonio. [§23.] Parecen estar de acuerdo con esta opinión todos los que conectan los esponsales con la unión carnal, puesto que, según ellos, los esponsales preceden al futuro matrimonio, es decir, aquel matrimonio que todavía no existe, y cuando dicen que en el momento de los esponsales hay un matrimonio iniciado no se dan cuenta de que se contradicen, puesto que en el intervalo durante el cual, según ellos, duran los esponsales, en absoluto hay matrimonio futuro, es decir, antes de la unión carnal, ya que con la misma unión carnal deja de ser futuro el matrimonio. Así pues, por fin entonces empieza a existir el matrimonio. También Jerónimo parece haber caído en el error de esta opinión. Parecen desaprobador la opinión expuesta los más diestros autores de la Iglesia, de los que se aprende que sólo el

consentimiento hace el matrimonio, mientras los esposos se reciben mutuamente, opinión que se acomoda a la razón, así como al derecho civil.

[§24.] Por otra parte, muchos de estos autores que hacen durar los esponsales hasta la unión carnal enumeran casos en los cuales toda unión que acontece antes del acto carnal, según ellos, puede disolverse. Se trata de las siguientes: 'Esponsales posteriores a una unión carnal consumada, fornicación espontánea de uno de los dos esposos, rapto, delito, elección de una mejor propuesta, perpetración de un crimen espantoso, indisposición continua del otro esposo, retención permanente en cautividad'. Pero de estas trataremos sólo de aquellas que considero más interesantes para el asunto que nos ocupa. [§25.] Pues bien, puedo buscar entre los textos de los autores cuándo unos esponsales posteriores disuelven unos anteriores por causa de la unión carnal, pero reconozco que no he encontrado una explicación en ellos. Pero entiendo que, si primero hay únicamente esponsales, es decir, sólo la promesa y no la entrega carnal de la esposa, pero después hay entrega carnal de otra mujer, deberá ésta permanecer como esposa del que la ha conducido a su casa. Los primeros esponsales quedarían disueltos por aplicación del decreto del papa Hormisdas y el esposo, habiendo faltado a su palabra, quedaría sujeto a penitencia. No obstante, en virtud de un decreto del papa Siricio tal matrimonio parece haber sido anatematizado, a no ser que el papa se refiriera en dicho decreto al solo hecho del castigo de la injuria causada respecto a los primeros esponsales y no a la prohibición del matrimonio, del mismo modo que la prohibición

de contraer matrimonio con la viuda dentro del año (siguiente a la muerte del esposo) sólo concierne al castigo de la injuria de la conmixción de la sangre y no al derecho al matrimonio y, por eso, es válida la unión conyugal. Puede también señalarse que el papa Siricio se había referido a la cuestión acerca de la desposada por promesa, que también fue esposa (*uxor*) antes de la unión carnal y por eso justamente rechazó la validez del segundo matrimonio, dado que la unión carnal no afecta en estos casos. [§26.] Pero si a esto se opone la autoridad del arzobispo Hincmaro de Reims, tal como aparece expresada por escrito a propósito de aquellos afectados de impedimentos matrimoniales debidos a sortilegios y maleficios (*sorciarias et maleficas*): “Si acaso no pudieran sanarse los impedimentos matrimoniales podrán los esposos separarse válidamente de los aquejados por los impedimentos, pero después de que éstos hayan intentado otras nupcias y llegado a unirse con los terceros con los que viven carnalmente, no podrán reconciliarse con los primeros esposos, a los que habían abandonado por sus impedimentos, si estos recuperaran la posibilidad de vivir en unión carnal”; sin embargo, de estas sus palabras no resulta que por causa de la unión carnal acontezca que los primeros esposos (aquellos en que concurría un impedimento), a los que abandonaron, no puedan reconciliarse con los que cohabitan con terceros, sino que son éstos los que no pueden volver con los primeros por hallarse separados de ellos conforme a Derecho, una vez perfeccionada su unión conyugal con los terceros, después de la cual ya estaban juntos, anterior a la unión carnal. ¿Pues qué, si antes de unirse a otros no se preocuparon de separarse de los primeros? Sin duda si la primera

unión era válida jurídicamente, en caso de haber dos uniones a la vez evidentemente valdrá la segunda, puesto que efectivamente tanto por el derecho civil como por el decreto del papa Hormisdas es imposible, dado que “la segunda disuelve y se adhiere a la primera”, que, aunque uno pueda tener dos prometidas, no las tenga, sin embargo, sin nota de infamia. Y no se opone a esto la opinión de Hincmaro, en virtud de la cual a la primera unión no puede adherirse ni conciliarse la segunda mientras uno de los esposos cohabite con un tercero, puesto que uno no se hace a través de la unión carnal, como se dice, de la segunda unión, sino por causa del divorcio del primer matrimonio, por lo que de estas palabras se colige evidentemente que son “los primeros a los que habían abandonado y de los cuales se habían separado”. Afirmando esto siguiendo la opinión del arzobispo Hincmaro, quien dice que estos pueden separarse, pues si el primer matrimonio es jurídicamente válido y no fue disuelto o no debió disolverse por causa de delito, el segundo matrimonio jurídicamente no se conserva, luego no fue su esposa (*uxor*) sino una adúltera. Pero que el primer matrimonio sería válido con arreglo a Derecho, aunque se desprende de lo ya expuesto, sin embargo, más abajo se mostrará más claramente. Asimismo, examinaré si por causa de un evento de esta naturaleza un matrimonio de este tipo tras una mutua recepción de los esposos debe disolverse más diligentemente. Afirmando esto con seguridad: que, para el primer matrimonio, contraído por medio del consentimiento, no puede jurídicamente generarse una revocación a través del segundo matrimonio, pero en los sponsales, en los que hay un consentimiento de futuro, sí

puede, fuera de todo repudio, después revocarse por el consentimiento de presente, habiendo cesado también toda unión carnal en los casos de este tipo. Así pues, no encuentro en la opinión del arzobispo Hincmaro que se anulen los primeros esponsales por la consumación carnal en los segundos o porque hubo en estos posteriores esponsales un consentimiento de futuro o un consentimiento de presente. Ya es bastante lo dicho acerca de la disolución de los esponsales por causa de unión carnal y de los impedimentos matrimoniales debidos a sortilegios.

[§27.] Acerca de los que recurren a la elección de la mejor proposición se pronuncia el papa Eusebio con estas palabras: “No es lícito a los padres entregar a la joven prometida a otro hombre; en cambio les es lícito elegir monasterio”. No es lícito a los padres ni a la propia muchacha ir contra una promesa de matrimonio, tal como se indica en el decreto del papa Hormisdas, y si contra la palabra dada se entregara la joven a otro varón, “con él se quedará, y aquéllos harán penitencia por haber faltado a la palabra”. Pero si se diera que al contraer esponsales intervino no un voto religioso sino sólo una entrega de arras, los padres de la joven serán castigados con una multa de hasta el límite del valor de las arras, siempre que se hubiesen apartado de los citados esponsales antes de haber entregado a la joven al segundo varón, pues de no haber sido así, también cargarán con la pena de infamia. Ahora bien, si la joven hubiera elegido no otro varón sino un monasterio, no será sancionada con multa por razón de arras o por haber faltado a la palabra dada ni la propia joven ni sus padres. De ahí que manifieste

Gregorio en su libro de memorias: “Los decretos legales establecen que ninguna multa se irrogará a la desposada si ésta quisiera echarse atrás”, luego tampoco por razón de la palabra empeñada, pues quien por una justa causa descuidara su compromiso no se considera que hubiera faltado a su palabra o diremos que no se ha comprometido en tal caso porque está exceptuado de la ley. Por otra parte, también el prometido de la joven puede exonerarse tanto del compromiso como de la obligación de las arras si la joven se casa con otro sin castigo, luego contra la voluntad del esposo no es lícito entregar impunemente a la joven a otro varón, en cambio, le es lícito ingresar en un monasterio sin recibir en absoluto ningún castigo. También por otras causas antes enumeradas parece que los esponsales pueden disolverse sin castigo.

[§28.] Ya se ha tratado suficientemente acerca de la disolución de los esponsales. No obstante, debe advertirse que en la disolución de los esponsales se dice que las personas ‘se liberan’ (*solvi*) de la obligación, porque sólo se han obligado; sin embargo, antes de entregarse mutuamente como cónyuges, puesto que entonces ya están unidas, se dice que “se separan” (*separari*). De estas palabras parece que deriva el dicho: “A aquellos que Dios ha unido no los separe el hombre”, pues “salvo por causa de fornicación” no deberán ser separados. [§29.] Aquí, pues, se ha de responder efectivamente con aquel dicho del Señor; sin embargo, éste es de aplicación en el preciso momento en que el matrimonio se ha perfeccionado por la unión carnal. [§30.] Pero contra esto puede afirmarse que por la misma entrega (*traditio*), como a menudo se

dice, se perfecciona el matrimonio, pues cuando a un marido le es entregada la esposa al instante la hace suya, de modo que ya tiene el pleno deber de conocerla y una potestad semejante a la de un sacerdote legítimamente ordenado e instituido ministro en alguna iglesia, por lo que, habiendo tomado posesión de ella, conserva íntegra y perfecta la potestad de su oficio antes de ejercitarla. No por eso una potestad ha de ser ejercitada para que se perfeccione, sino que debe perfeccionarse para ser ejercitada, como en el caso del obispo, el sacerdote, el diácono e igualmente de aquellas potestades que consisten en un hecho, como la casa, la nave, la magistratura, pues todas se perfeccionan antes de que se ejerciten, con la única excepción del matrimonio. [§31.] A esto puede replicarse que algunas veces se dice que con la ejecución se perfecciona una obligación, ejecución que, no obstante, se limita a la cuantía de tal obligación antes de que se haya perfeccionado, tal como se lee en el título (del Digesto) “De lo que por causa de miedo” con las siguientes palabras: “Y en verdad puede ocurrir que el negocio no se haya perfeccionado, por ejemplo, cuando la estipulación no fue seguida del pago efectivo; o que se haya perfeccionado el negocio si después de la estipulación se hizo efectivamente el pago”; sin embargo, la estipulación antes del pago es perfecta en la medida de la obligación, luego en el matrimonio hay una perfección en la obligación (*in obligatione*) y una perfección en el cumplimiento de esa obligación (*in solutione*). Pero se ha de saber acerca del negocio del que quiere exigir algo por estipulación pura, que tal negocio es imperfecto antes del pago, no, en cambio, la propia estipulación, que es perfecta y se ha consumado con la misma formulación de las

palabras solemnes. Del mismo modo se dice que la injuria jurídicamente inicua se ha perfeccionado y consumado desde el momento en que alguien ha conseguido un derecho inicuo, aunque nunca se sirva de él. Pues bien, idéntica razón se da en el matrimonio. [§32.] Pero, aunque las indicadas razones obligan a reconocer que sin la unión carnal el matrimonio es perfecto, lo que por muchas autoridades y ejemplos se ha colegido; sin embargo, en aquel precepto del Señor citado en este opúsculo no aparece la locución ‘antes de la unión carnal’, es decir, en “A los que Dios unió, etc.”, a propósito del cual Jerónimo escribe lo siguiente acerca de la adúltera: “En verdad, una sola carne con su esposa ha compartido con otra mujer y por fornicación la esposa se separa de su marido, no debería ser aquella mujer mantenida, no sea que ella haga que el varón sea también maldecido ya que la escritura dice: ‘El que mantiene una adúltera es estúpido e impío’”, luego cuando dice ‘una sola carne comparte’ muestra que la unión carnal obtiene su propia existencia desde que se forma una sola carne. Igualmente señala Gregorio: “Así pues, si el marido y la mujer son una sola carne y por causa de un voto religioso se separa el marido de la mujer o la mujer del marido, ¿qué clase de situación es ésta en que una y la misma carne en parte transita a un estado de abstinencia sexual y en parte permanece en la cohabitación? Pero Achacio, conspicuo entre los eremitas, habiendo celebrado un ágape nupcial, aunque al caer la noche accedió al lecho nupcial, prefirió el desierto, dejando así la ciudad. Igualmente, san Alejo la noche de su boda abandonó a su mujer”. Luego, ninguno de los dos se hizo una sola carne con la mujer con la que se casó. De este modo, estuvo

permitido abandonar a las esposas por causa de abstinencia sexual. [§33.] Pero se ha de responder, como ya dijimos antes, que en el matrimonio la unión de dos personas en una sola carne más parece producirse por un vínculo jurídico que por obra de la carne. Por lo demás, en relación con el concubinato existirá la misma razón por la cual no deba una sola carne permanecer en una parte en cohabitación y en otra en el estado en que dos son una sola carne. Pues dirá alguno que “no basta la obra de la carne sino procede de legítima unión, pues como está escrito, ‘sino que por la unión legítima dos se hacen una sola carne’”. ¿Qué diremos entonces si celebraras el matrimonio con tu concubina? Por aquella misma razón podrías abandonarla porque por la unión legítima tú no puedes ser una sola carne con ella, puesto que ya antes en el concubinato te hiciste una sola carne con ella. Pero si estuvieses unido a ella hasta tal punto que no puedes divorciarte, qué es esto sino una suerte de ‘tratado nupcial’, el cual, según Agustín, tampoco por causa de fornicación se disuelve por divorcio, y cuyo sacramento se perfecciona en la misma obligación y por el consentimiento sin unión carnal en virtud del decreto del papa Hormisdas antes mostrado. Luego este sacramento también permanece tras un divorcio legítimo, y lo hace del mismo modo que aquel que retiene para sí el sacramento del bautismo, cuando por causa de un crimen de anatema alguna espada lo ha arrancado del cuerpo de la Iglesia a la que se había unido y contra su voluntad es más bien apartado del vínculo que perseguido para cumplir alguna exigencia del deber de cristiano. [§34.] Por otra parte, que también se puede aducir para el matrimonio esta razón, a saber: que más liga y

une a varios un vínculo jurídico en un cierto cuerpo único que un acto de cumplimiento de una obligación, fuerza a reconocer el matrimonio de santa María virgen, el sacramento del cual había unido a su marido con la misma doncella por razón del pacto nupcial en su integridad, no por la acción de la carne, acción por la cual no quedan vinculados unos en un cuerpo único, aunque por ella de algún modo se hagan un solo cuerpo. A partir de estas palabras puede deducirse que el matrimonio se hace indisoluble jurídicamente más por el propio pacto nupcial que por la ejecución del acto carnal. [§35.] Acerca de Alejo y Achacio puede responderse que no se ha de juzgar a la vista de sus ejemplos sino por las leyes; o bien que, si no se prueba otra cosa, alguno dirá que los maridos obtuvieron el consentimiento de las esposas porque parece ser lo más verosímil; o bien que quizá se divorciaron los cónyuges al amparo de la ley, lo que en la Iglesia tras la época de Justiniano se admitió durante largo tiempo.

[§36.] Pero, aunque dijéramos que también hoy en día existe la posibilidad legal del divorcio antes de que se produzca la cohabitación en virtud quizá de ciertas causas ¿acaso por ello se ha de decir entonces que el matrimonio no es rato? ¿De dónde procede esta acepción de 'rato' o esta significación, según la cual, debe llamarse justamente 'rato' lo que no puede disolverse? Según esto, ningún matrimonio, ni siquiera el de la santa Virgen, fue rato en el antiguo Derecho o en la Iglesia hasta los tiempos de Justiniano, hecha excepción de aquél en el antiguo Derecho en que la muchacha había sido conducida a casa del varón forzada, no desposada, pues

sólo tal matrimonio admitía la posibilidad legal del divorcio por causa de crimen de violencia. Por esta razón, el matrimonio era sólo rato por la parte del varón, pues sólo a él no le estaba permitido en tal caso divorciarse de la esposa, pero más por una razón de culpa que de justicia se hacía rato de este modo el matrimonio. Esto puede parecer disonante, pues no se llamaba rato o no rato al matrimonio en mérito a la justicia, sino que ello más bien dependía de la posibilidad legal del divorcio. En efecto, si por eso algo se denomina rato, porque no puede disolverse, ningún contrato se considerará rato, sobre todo el de sociedad, en el que nadie puede ser mantenido socio contra su voluntad. Tampoco el mandato sería rato, pues mal se compadece la ratificación de lo gestionado a un mandato con el hecho de que todo mandato sea por naturaleza disoluble. Igualmente, si sólo se llama rato al matrimonio que no puede ser disuelto o devenir írrito, por ese motivo ningún testamento será rato, dado que todo testamento puede devenir írrito por capitis disminución. Efectivamente, en todo ordenamiento jurídico se considera que es rato lo que es jurídicamente válido o es reconocido por el Derecho, aunque pueda disolverse, y se considera rato en la medida en que es reconocido jurídicamente como tal, y sólo lo que está contra la ley se llama no rato. De ahí que el pretor declare lo siguiente: “Lo que se ha negociado bajo intimidación no lo considero rato”. ¿Qué otra cosa podría considerarse jurídicamente rata fuera de lo que es reconocido como válido por el Derecho? Así pues, se dice que yo tengo por rato lo que es reconocido por mí. De ahí que afirme Pomponio: “Si un negocio, aunque mal gestionado por ti, yo te lo aprobara”, es decir, lo ratificara (considerara como

rato). Por eso, sigue diciendo: “Se ha de ver si esto va a quedar pendiente de la duda de si yo lo voy a ratificar (a tener por rato)”, es decir, lo voy a aprobar, etc. [§37.] Se pregunta que, si el matrimonio es rato porque es jurídicamente válido, también se ha de tener por rato el matrimonio de los infieles. A ello responde el Señor que “no sea lícito divorciarse de la esposa” y añade: “A los que Dios ha unido que no los separe el hombre”. A propósito de esto señala el papa Inocencio: “Que no se piense que se habla acerca de aquellos que después del bautismo eligieron por sorteo a sus esposas. Por eso, habiéndole preguntado esto los judíos, él les respondió así”. Luego, aunque por la ley del lugar habían podido divorciarse; sin embargo, por la ley del cielo no debían hacerlo “los que Dios había unido” y por ello era rato el matrimonio de aquéllos. De hecho, según Agustín, “no es rato” aquel matrimonio “que se ha contraído al margen de Dios”, o sea, entre fieles contra las leyes de Dios y contra los preceptos. Pues bien, como dice Agustín, “el sacramento del matrimonio es común a todos los pueblos, pero la santidad del matrimonio no sólo está en la ciudad de nuestro Dios, sino también en su monte santo, pues los sacramentos en cualquier parte que sea son los mismos”. A este respecto afirma Agustín: “La santidad de los sacramentos no se quebranta en la persona de ningún facineroso, pues consta que ésta permanece impoluta e inviolable también en los que han cometido crímenes y éstos permanecen con cuánto del mal que dicen que la contamina hay en ellos, pero con la santidad de los sacramentos impoluta. Pero mientras que la santidad de los sacramentos permanece en los buenos para premio, en los malos permanece para el juicio”. La santidad del sacramento se adquiere

de dos modos. Ciertamente el sacramento es la propia señal de lo sagrado, en cambio la santidad de lo sagrado es su virtud, la cual tiende en los buenos al premio y en los malos al perjuicio. Según este significado, dijo Agustín, “si no tuvo Saúl la santidad del sacramento, qué reverenciaba en él David”, y señala más adelante: “He aquí Saúl, no tuvo integridad y, sin embargo, tuvo santidad, no de su vida sino del sacramento de Dios”. Por el segundo modo se habla de santidad del sacramento como efecto del sacramento, es decir, el mérito que se halla en la virtud de la buena persona. Dice Agustín que, conforme a este significado, la santidad del sacramento no está sino en la ciudad de Dios y en lo sagrado de ella. También la virtud del cuerpo por la misma medicina según la predisposición del sujeto produce en uno la salud y en otro el deterioro, cuando lo cierto es que tanto la propia virtud como su efecto bien podrían por la medicina llamarse ‘salud’. [§38.] Así pues, cuando el sacramento se encuentre en un matrimonio de infieles ¿por qué no se le llamará rato y perfecto, considerando perfecto el matrimonio aceptado por el Derecho y la naturaleza? De ello resulta que si falla lo segundo es imperfecto, es decir, nulo, como, por ejemplo, el testamento imperfecto no es testamento, luego por causa del impedimento de impotencia falla el matrimonio. Por eso, Gregorio habla así acerca de la impotencia: “El que no pueda servirse de ella (la mujer) como esposa, téngala como si fuera una hermana”, enseñando claramente con estos términos que se puede estar en el lugar de una esposa cuando falla la naturaleza. ¿Pues qué importa si sólo lo impide la fortuna, por ejemplo, un crimen de sortilegio (*sortiarie maleficium*)? Con todo el matrimonio es perfecto para quien nada le falta sea por

la naturaleza o por el Derecho, pues a los que la naturaleza no impide llevar a término una acción, el Derecho, si interviene, puede obligar a ello. [§39.] El sentido de una disquisición así es mostrar que la perfección del matrimonio también se produce para aquellos a quienes en principio se la impiden sortilegios. Así pues, puesto que, según Hincmaro, puede disolverse tal matrimonio, se ha de buscar la razón por la cual esto pueda llegar a producirse, teniendo en cuenta esto: que consta que aquellos “que Dios ha unido” no deben separarse sino por causa de fornicación. Pues bien, de acuerdo con la doctrina de ciertos modernos magistrados, tanto por delito como por otras muchas causas, como anteriormente señalamos, los cónyuges pueden separarse antes de la cohabitación y unirse a otros porque aún no se han hecho una sola carne; sin embargo, esta tesis no procede de los términos de alguna ley o autoridad, sino que deriva más bien de la interpretación de los magistrados. Pero en virtud de la interpretación de Ambrosio de la epístola a los Corintios: “Aunque un marido no debe divorciarse de su esposa, si lo hiciera, le sería lícito casarse con otra y, por eso”, según Ambrosio, “el apóstol no dispuso respecto del marido lo que había anunciado de antemano en cuanto a la esposa”, a saber, que o bien se reconciliara o bien permaneciera sin casarse”. Pero en virtud del concilio de Verberie, “aquel que por necesidad pasara a otra provincia sin intención de regresar, si su esposa no quisiera seguirlo, si no puede reprimirse case con otra con penitencia”. ¿Quién duda que esto se haga contra el ordenamiento jurídico canónico y con la dispensa más extraordinaria a fin de evitar un mal mayor? Del pasaje resulta que se permite bajo condición, a saber, ‘si no pudiera

reprimirse'. Asimismo, se añade "con penitencia" porque, tal como dijo antes Ambrosio, no debe el marido divorciarse de la mujer con la connivencia del ordenamiento jurídico. Por eso, haciéndolo por medio de dispensa no queda impune el hecho. De hecho, hubo unos tales testigos de Leviatán por causa de los cuales Moisés instituyó en la antigua ley un derecho ordinario de divorcio con una evidente finalidad de evitar un mal mayor. Pues si por la unión carnal o por otra razón pudiera merced a alguna interpretación verdadera encontrarse otra excepción regular a la regla del Señor, la cual prescribe con carácter general que nadie abandone a su esposa si no es por causa de fornicación, ¡cuán desordenada debe ser esa otra excepción! Por todo lo dicho, no he querido sumarme a alguna opinión en particular de las que han sido propuestas, ni tampoco rechazar ninguna de plano, a no ser que alguna razón que se me ofrezca me dirija en otro sentido, sin perjuicio, no obstante, de la mejor opinión, la cual tal vez un lector experto pudiera hallar.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., «La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿Tan sólo una cuestión histórica?», *Ius Canonicum*, 53, 2013, pp. 621-654.

BARCZYŃSKA, M., «*Summa de matrimonio* Mistrza Vacarius (1120-1200)», *Almanach Historyczny*, 19, 2017, pp. 31-37.

BOYLE, L. E., «The Beginnings of Legal Studies at Oxford», *Viator*, 14, 1983, pp. 107-131.

DE GHELLINCK, J., «Magister Vacarius: Un juriste-théologien peu amable pour les canonistes», *Revue d'histoire ecclésiastique*, 44, 1949, pp. 173-178.

DOMINGO OSLE, R., «Vacario (ca. 1120-post 1198)», en R. Domingo Osle (coordinador), *Juristas universales, I*, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 356-358.

DONAHUE, Jr., C., *Law*, «The Policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage», en S. Kuttner (editor), *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, p. 270 ss.

- «The Case of the Man Who Fell into the Tiber: The Roman Law of Marriage at the Time of the Glossators», *The American Journal of Legal History*, 22, 1, 1978, pp. 13 ss.

GUARESCHI, M., «Gli incontri di un canonico legista: Magister Vacarius teólogo e polemista», *Rivista di storia e letteraturareligiosa*, 36, 2000, pp. 381-414.

- «Fra canones e leges: Magister Vacarius e il matrimonio», *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Age*, 111, 1, 1999, pp. 105-139

HOLLAND, T. H., «The University of Oxford in the Twelfth Century», *Collectanea*, 16, 1890, pp. 165-170.

JONES, M., «Master Vacarius, civil lawyer, canon of Southwell and parson of Norwell, Nottinghamshire», *Nottingham Medieval Studies*, 53, 2009, pp. 1-20.

LANGE, H., *Römisches Recht im Mittelalter, I*, München, C. H. Beck, 1997, pp. 246-256.

LIEBERMANN, F., «Magister Vacarius», *English Historical Review*, 11, 1896, pp. 305-314.

- «Vacarius Mantuanus», *English Historical Review*, 11, 1896, pp. 514-

515

MAITLAND, F. W. (editor), *Magistri Vacarii Summa de matrimonio*, London, Stevens and sons, limited. Law publishers and booksellers 119 & 120 Chancery Lane , W. C., 1898.

SOUTHERN, R. W., «Master Vacarius and the Beginning of an English Tradition», en J. J. G. Alexander y M. T. Gibson (editores), *Medieval Learning and Literature: Essays Presented to R. W. Hunt*, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 257-286.

STEIN, P., «Vacarius and the Civil Law», en D. E. Luscombe *et al.* (editores), *Church and Government in the Middle Ages: Essays Presented to C. R. Cheney*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, pp. 119-137, reimpr. en P. Stein (editor), *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London, Hambledon Press, 1988, pp. 167-185.

- «Vacarius and the Civil Law in England», en F. De Zulueta y P. Stein (editores), *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London, Selden Society, 1990, pp. xxii-xxvii.

- «The Vacarian School», *Journal of Legal History*, 13, 1992, pp. 23-31.

TALIADOROS, J., *Law and Theology in Twelfth-Century England: The Works of Master Vacarius (c. 1115/20-c. 1200)*, Turnhout, Brepols, 2007.

WENCK, C. F. C., *Magister Vacarius, primus juris romani in Anglia professor*, Leipzig, 1819.

WERNZ, F. X., *Ius Canonicum ad codicis normam exactum, V. Ius matrimoniale*, Roma: Universidad Gregoriana, 1928.

Ediciones utilizadas:

Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda, post Aemilii Ludovici Richteri curas, ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, Leipzig, B. Tauchnitz, 1879.

Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen. Berlín, Weidmann, 1870.

Iustiniani Institutiones, recensuit Paulus Krueger, editio tertia, Berlín, Weidmann, 1908.

Magistri Petri Lombardi Sententiae in IV libris distinctae Spicilegium Bonaventurianum IV/V. Ed. Collegium S. Bonaventurae ad Claras Aquas, Roma, 1971.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 27/08/2024	Fecha de aceptación: 24/09/2024
Palabras clave: <i>Digesto, derecho romano, ius gentium, bona fides, jurisprudencia romana, "lugares de memoria"</i>	Keywords: <i>Digest, roman law, ius gentium, bona fides, roman jurisprudence, "places of remembrance"</i>



"LUGARES DE LA MEMORIA" Y DERECHO ROMANO

"PLACES OF REMEMBRANCE" AND ROMAN LAW

Tiziana Chiusi

Prof. Dr. Dr. h.c.

Universidad del Saarland

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3068-0935>

(CHIUSI, Tiziana. "Lugares de la memoria" y Derecho Romano. RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 91-128. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Partiendo de una célebre definición del historiador Pierre Nora, el artículo aborda la cuestión de los "lugares de memoria" en el ámbito del Derecho. El Digesto y el Derecho romano se identifican como los lugares fundadores de la identidad europea. Con este telón de fondo, se plantea a continuación la cuestión de si los países iberoamericanos pueden incluirse en el ámbito de estos "lugares de memoria" mediante una transferencia cultural política y cronológica. La respuesta del artículo a esta pregunta es afirmativa.

Abstract:

Based on a famous definition by the historian Pierre Nora, the article discusses the question of "places of remembrance" in the field of law. In doing so, the Digest and Roman law are identified as the founding places of European identity. Against this background, the question is then discussed as to whether the Ibero-American countries can be included in the scope of these "places of memory" by means of a political and chronological cultural transfer. The article's answer to this question is in the affirmative.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los Digestos. III. Conclusiones.

I. Introducción¹

Conocí a nuestro llorado, querido y estimado colega Enrique Gómez Royo en el Leopold-Wenger-Institut de la Universidad de Múnich. Enrique era un invitado habitual del Instituto. Llevaba tantos años viniendo a Múnich cada verano que ya no entraba en la categoría de «invitados extranjeros», sino más bien en la de miembros de la familia del instituto. Sí, porque en aquellos años el Instituto se había convertido realmente en una familia para algunos de nosotros. Hans-Dieter Spengler, Wolfgang Kaiser, yo misma, habíamos establecido con los colegas que venían cada año una fuerte amistad que iba más allá de la cordial colegialidad. Pienso en Rosa Mentxaka, por supuesto, en Esperanza Osaba, en Armando Torrent, en Juan Miquel, en Chon Ricart Marti, en Amparo Montañana, en Carmen Lázaro Guillamón, en Carmen López Rendo, en José Luis Linares, por citar sólo a los que me son más o

¹ Se reproduce aquí la conferencia inaugural del congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho romano, que tuve el honor de impartir en la Universidad de Castellón en mayo de 2022. El congreso estuvo dedicado a la memoria de mi estimado colega y querido amigo el Prof. Dr. Enrique Gómez Royo. Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a mis colegas la Prof. Dra. Amparo Montañana Casaní y la Prof. Dra. Carmen Lázaro Guillamón, quienes, como alumnas de Enrique Gómez Royo, me pidieron que le recordara y pronunciara la conferencia inaugural. Al hacerlo, me concedieron una oportunidad tan inmerecida como para mi particularmente preciosa y grata de honrar a mi amigo y compañero desde hace muchísimos años. También quiero agradecer a la Prof. Dra Margarita Fuenteseca Degeneffe y la Prof. Dra Carmen López Rendo la aceptación de este trabajo en esta prestigiosa revista y su preciosa e imprescindible ayuda en la revisión del texto. Se ha mantenido el estilo de la conferencia. El texto contiene el desarrollo de ideas que ya tuve ocasión de presentar en alemán.

menos próximos en edad. Enrique ocupaba un lugar central en esta familia, y no sólo porque normalmente se quedaba más tiempo que los demás. Amante del estudio, desprovisto de cualquier ambición personal que no fuera la de estudiar, ajeno a cualquier forma de vanidad o búsqueda de éxito personal, Enrique era un erudito culto y profundo, animado por un afán de conocimiento, no para alardear de él, como hacen muchos, sino simplemente por curiosidad científica. Sus investigaciones se centraban en el derecho bizantino. Te paraba en el pasillo o te invitaba a tomar un café, y te contaba con el entusiasmo de un niño durante horas lo que acababa de descubrir en sus venerables libros. Enrique era sistemático. Intentaba dominar un tema examinando todas sus facetas posibles, incluso las menos comunes o meramente teóricas. Tenía, por así decirlo, una mentalidad de estudio «paoliana». Como Paolo, tenía un *horror vacui*, no podía dejar escapar ni una sola pieza de la reconstrucción científica del tema que estudiaba. Precisamente esta tendencia a la recopilación exhaustiva le llamaba mucho la atención en los juristas bizantinos, a los que consideraba fundamentales e injustamente infravalorados para la investigación científica, así como la enseñanza, Enrique era un hombre bueno, afable y generoso. Recuerdo sus frecuentes invitaciones: era mayor y estaba más adelantado en su carrera académica, por lo que sentía que debía invitarnos a menudo, con frecuencia incluso al convento donde vivía, atendido por las monjas, que eran (y siguen siendo) muy ricas. De hecho, pertenecen a una orden propietaria de un conocido manantial de Baviera, cuya agua, y otras bebidas sin alcohol, son muy populares en Alemania.

Voy a obviar algunos divertidos episodios gastronómicos y culinarios de las monjas que podría relatar aquí, y me limitaré a decir únicamente que todo el instituto durante los meses de estancia de Enrique disfrutó sin límite, gratuitamente, de agua, zumo de manzana, etc. Enrique estaba muy apegado a su tierra y a sus alumnos, a los que consideraba sus hijos. Nunca se le habría ocurrido irse a vivir a otra ciudad. Pero en el fondo era un hombre curioso por el mundo, y Múnich representaba para él no sólo la oportunidad de disponer de toda la literatura para estudiar, sino también su ventana al mundo. Últimamente no nos veíamos tan a menudo. Nos encontrábamos dando conferencias en otras ciudades y también en verano, cuando él venía, a menudo de vacaciones. Pero el contacto afectivo y científico se había mantenido, más esporádico pero no menos intenso, sobre todo por carta. Creo que la última vez que le vi personalmente fue con ocasión de la defensa de la tesis doctoral de uno de sus alumnos. Todavía se encontraba bastante bien. Quiero recordarle así, sonriente y de buen humor mientras decía, como solía hacer, «Tiziana, vamos a trabajar». *Amicus meus, sit tibi terra levis.*

En los años 90, el famoso historiador francés Pierre Nora acuñó "lieux de mémoire", "lugar de memoria", una expresión que se ha hecho famosa². Se refiere al significado que ciertos lugares - entendidos no sólo en un sentido geográfico, sino también ideal- adquieren en el imaginario cultural colectivo de una nación como

² Véase sobre el tema también CHIUSI, T. J., *Die Antike und Europas Erinnerungsorte*, en *Forum classicum* 3 (2018), 156 -181.

símbolo y cuna de una identidad común, reconocible como tal por todos los miembros de esa nación. Si remitimos la definición a un contexto más amplio, europeo o incluso, como pretendemos hacer aquí, iberoamericano, nos alejamos del significado original de lugar de memoria, que está, como acabamos de decir, vinculado para Pierre Nora a la nación, para utilizarlo en un sentido ulterior, metafórico, si se quiere hermenéutico, con el fin de identificar los lugares ideales en torno a los cuales se ha construido o puede construirse una identidad cultural y supranacional, válida al margen del concepto estricto de nación. La condición necesaria para ello es la disposición a buscar y admitir para Europa y los países del área iberoamericana la existencia de tales lugares de memoria de los que nació (o puede nacer en el futuro) una identidad común.

La propia existencia de esta Asociación Iberoamericana de Derecho Romano justifica que persista en la convicción de que también en el contexto iberoamericano existen lugares comunes de memoria, que naturalmente coinciden y son portadores de lugares paneuropeos de memoria. A continuación presentaré algunos de ellos, naturalmente limitándome mucho en la elección por obvias razones de tiempo.

II. Los Digestos

Desde un punto de vista jurídico, los Digestos ciertamente forman la piedra angular de la historia del derecho de Europa. Si el emperador Justiniano en los años 528 - 534 d.C. no hubiera

ordenado en cuatro partes las fuentes del derecho romano que se habían transmitido hasta entonces, no habría existido ni la jurisprudencia europea, tal como se ha desarrollado a lo largo de los últimos siglos, ni existiría la historia europea tal como ha sido formada a través de la influencia del derecho. Los Digestos representan la segunda parte, la más extensa, y sin duda también la más importante de la "codificación" justiniana, denominada *Corpus Iuris Civilis* desde el siglo XVI. Para Justiniano el motivo de esta colección de derecho romano fue la situación del Imperio Romano, que en el siglo VI d. C era extremadamente incierta, incluso francamente caótica, tanto desde el punto de vista jurídico como político. La dificultad de los juristas mediocres de su época de comprender y aplicar los sofisticados instrumentos de los juristas romanos provocó una inseguridad jurídica generalizada. Al mismo tiempo, la parte occidental del imperio estaba predominantemente en manos de varias tribus germánicas que no querían reconocer o reconocer plenamente la autoridad del emperador.

El proyecto político de Justiniano de restaurar el imperio en su antigua extensión y gloria iba de la mano con su idea de poner orden también al nivel del Derecho, por medio de la recopilación de los escritos de los juristas romanos en los Digestos y de las constituciones imperiales desde el emperador Adriano hasta el propio Justiniano en el *Codex Iustinianus*. En la versión del *Codex* que se creó entre 528 y 529 y se revisó nuevamente en el año 534, las constituciones se dividieron cronológicamente y por temas en 12 libros.

En los Digestos publicados en el año 530, se encontraban extractos de los escritos de los juristas romanos desde el siglo primero ante de Cristo hasta el tercero después de Cristo, seleccionados y recopilados en 50 libros según la temática. La selección y la modificación de los textos - Justiniano había ordenado la adaptación (interpolaciones) de los escritos antiguos al derecho de su tiempo donde esto fuese necesario - fue confiada a una comisión cuyos miembros, cuatro profesores de derecho y once abogados, encabezado por el *quaestor sacrii palatii* Triboniano, en sólo tres años leyó 2000 libros (según el antiguo significado del término), es decir, 3.000.000 de líneas. El título de la obra, *Digesta*, (del griego *Pandectae*) sigue el ejemplo de algunas obras de juristas; entró en vigor el 30 de diciembre de 533.

El mismo día entraron en vigor las *Institutiones* de Justiniano, un manual en cuatro libros para estudiantes de derecho que el emperador había encargado de escribir bajo la dirección de Triboniano por los *antecessores* (profesores de derecho) Teófilo y Doroteo. El modelo habían sido las instituciones de *Gaius*, un jurista del siglo II d. C, cuyo famoso manual para estudiantes, dividido en cuatro volúmenes, también es muy importante para nosotros porque su versión original se descubrió en la Biblioteca Capitular de Verona a principios del siglo XIX por Niebuhr bajo un palimpsesto, y por lo tanto nos da una idea directa del derecho romano en el siglo II d.C. La división de las *Institutiones* de *Gaius* en *personae* (sujetos jurídicos), *res* (objetos jurídicos) y *actiones* representa una forma

precisa y básica de representar el derecho que se ha practicado a lo largo de los siglos y ha dado forma a muchos códigos modernos³.

Justiniano anuncia con orgullo que con los Digestos ha resuelto todas las contradicciones y ambigüedades del derecho. En consecuencia -persiguiendo el sueño (incumplido) de hacer superfluos los juristas, que también otros legisladores persiguieron después de él - prohibió comentar y solo permitió traducciones palabra por palabra al griego, así como tablas de contenido (Parátitla) y explicaciones de títulos (Índikes)⁴.

La influencia práctica ejercida desde los Digestos, en latín, en la parte oriental del imperio, que hablaba griego merece un debate aparte (esos eran los temas favoritos del querido colega Enrique Gomez Royo). De todas formas en la parte occidental del imperio cayeron los Digestos pronto en el olvido después de que el emperador Justiniano los introdujera en el año 554. *De facto* permanecieron más o menos perdidos durante más de 400 años y sólo cabe especular si se conservaron (y transcribieron) en un monasterio o en otro⁵. Entonces hubo un "redescubrimiento" de los Digestos a lo largo del siglo XI que les condujo a adquirir un papel

³ Principalmente en griego, Justiniano promulgó también otras constituciones, sobre todo de derecho de familia y sucesorio, eclesiástico y administrativo, que por ello se denominaron *novellae leges* (*Novellae*) y no se transmitieron de forma oficial, sino en series privadas (*Epitome Juliani, Authenticum*).

⁴ Const. Tanta 15 - 21.

⁵ Véase KUNKEL/SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Auflage Köln 2005. Para profundizar en los orígenes del Digest, véase KAISER, W., *Digestenentstehung und Digestenüberlieferung*, en ZRG (Rom. Abt.) 108 (1991), 330 ss. y KAISER, W., Art. *Digesten (Überlieferung)* en *Der Neue Pauly*, Bd. 13, Stuttgart-Weimar 1999, p. 845-852.

fundamental en la historia jurídica de Europa y del mundo, lo cual ha motivado nuestros comentarios iniciales.

Es una idea tan intrigante como no probada que el *Codex Florentinus* del siglo VI, aún conservado en Florencia en la Biblioteca Laurenziana, podría ser el manuscrito original de los Digestos que el propio Justiniano tuvo en las manos. En cualquier caso, podría esto ayudar a explicar la veneración que obtuvo el manuscrito en la Edad Media (y más allá), y que le dio un estatus casi similar al de la Biblia. Se puede suponer con cierta probabilidad que el manuscrito tuvo éxito en Florencia después de que primero Amalfi y luego Pisa tuvo que abandonarlo como resultado de las derrotas en la guerra⁶. El destino (o la casualidad o la providencia, cada uno debe decidir por sí mismo) hizo que una copia del *Florentinus*, en el *Studium Bononiense*, en la más antigua, la primera universidad de Europa en Bolonia fuera redescubierta en el siglo XI, leída y utilizada para estudiar el derecho (romano). Posiblemente la comprensión de los difíciles textos del Digesto se vería favorecida por la influencia de la escuela lombarda de derecho en Pavía, donde parece que se conocían tanto las *Institutiones* como el *Codex*. También la lógica influenciada teológicamente de la Escolástica imperante puede haber jugado un papel importante aquí, especialmente porque los juristas de la época se acercaban al estudio de los textos de los

⁶ Sobre la historia del *Codex Florentinus* y particularmente sobre su conservación in Amalfi véase KAISER, W., *Zum Aufbewahrungsort des Codex Florentinus in Süditalien*, en Theisen/Voss (Hrgs.) *Summe - Glosse-Kommentare: Juristisches und Rhetorisches in Kanonistik und Legistik*, Osnabrück 2000, 95 ss [114 ss.].

juristas romanos como ellos a la Biblia. La primera corriente de la jurisprudencia europea, la de los glosadores, que probablemente fue acuñada por el jurista *Irnerius* en Bolonia en la primera mitad del siglo XI, toma su nombre de los métodos empleados por estos juristas, cuyo examen científico de los Digestos consistía en la exégesis de los textos adjuntando notas marginales explicativas (*glossae*). Para los glosadores, los Digestos representaban el derecho vinculante del emperador, que por lo tanto debía entenderse como perfecto y sin contradicciones, igual que el texto de la Biblia. Por supuesto, los glosadores perspicaces no dejaron de notar que los textos del Digesto contenían contradicciones y repeticiones. Sin embargo, a través de un sutil trabajo de interpretación, pudieron explicar las repeticiones de manera significativa y suavizar las contradicciones. Con la Glossa ordinaria de *Accursius* en la segunda mitad del siglo XIII, que representa una especie de compendio de los resultados del trabajo de los glosadores, su época llega a su fin.

A los Glosadores siguieron en los siglos XIV y XV por los *comentatores*. Estos juristas, basados en el trabajo de los glosadores, destacan por su relevancia práctica. Ellos respondieron a las necesidades de las ciudades del norte de Italia, que se encontraban en un rápido y exitoso desarrollo económico y político, de asesoramiento legal específico en el campo de las transacciones comerciales y financieras, así como de las relaciones con otras ciudades y estados. La exégesis de los glosadores vinculados al texto concreto fue reemplazada por dictámenes jurídicos sistemáticamente organizados. Llamamos a esta escuela de

jurisprudencia, que está ligada a los nombres de dos de los más grandes juristas de Occidente, Bartolus de Saxoferrato y Baldus de Ubaldis, la escuela de los *comentatores*.

Iniciado por la jurisprudencia italiana en Bolonia, el estudio de los textos del Digesto se convirtió, con el tiempo, en la base del estudio del derecho en todas las nuevas universidades de Europa. Los jóvenes juristas, formados en derecho romano y, por supuesto, en latín, en universidades italianas, francesas, españolas y desde finales del siglo XIV también alemanas, regresaban a su país utilizando lo que habían aprendido para dar forma a la vida jurídica de sus respectivos países. La jurisprudencia europea común resultante de ese desarrollo fue capaz de adaptar continuamente la fuente del derecho romano a las necesidades de los respectivos países y épocas y así establecer el *ius commune* del que surgieron todas las codificaciones europeas modernas.

En el siglo XVI, los comentaristas fueron seguidos por la jurisprudencia humanista, la *iurisprudentia culta*, cuyo objetivo era interpretar los textos romanos en su contexto histórico y filológico y, por tanto, dejar de verlos únicamente como derecho autoritario, como Justiniano efectivamente había decretado. Especialmente en el Sacro Imperio Romano Germánico se adoptó el derecho romano erudito como derecho vigente, ya que el emperador, desde Carlomagno en adelante, fue reconocido políticamente como el sucesor de los emperadores romanos y, por lo tanto, se consideró que el derecho romano era su derecho natural. De este proceso de

recepción, sólo cabe decir aquí que en los siglos XVII y XVIII en Alemania se desarrolló el *usus modernus pandectarum* como derecho romano "erudito" que pretendía adaptar los textos romanos a las necesidades jurídicas modernas. Pero también las primeras codificaciones nacionales surgidas del ambiente cultural de la Ilustración, como el ALR prusiano (1794), el Código civil francés (1804), el ABGB austriaco (1811), el OR suizo (1883; el Código Civil Suizo completo, ZGB, 1912), el Código Civil alemán (1900) son "hijos" del derecho romano. Como resultado del tratamiento de las fuentes a través de la Pandectística, la ciencia alemana del derecho romano del siglo XIX, el Código Civil alemán está particularmente moldeado por el derecho romano. Sus raíces se pueden encontrar en la escuela histórica del derecho, que fue fundada por Friedrich Carl von Savigny, y condujo a la codificación alemana del derecho privado desde Puchta hasta Windscheid. Partiendo de los principios romanos, eligieron el camino de la abstracción de estos para llegar a los conceptos básicos del BGB. Los pandectistas eran muy conscientes de lo que estaban haciendo: su objetivo era desarrollar el derecho de su tiempo a partir de los textos romanos. En cuanto se refiere al concepto jurídico individual, este método supuso un progreso en el conocimiento jurídico y una terminología precisa, aunque el sistema ya no era del todo el original romano.

Los sistemas jurídicos europeos continentales (así como los sistemas jurídicos no europeos que los adoptaron por la historia colonial europea o por una decisión voluntaria como Japón o

Turquía) son el producto de la recepción de conceptos jurídicos romanos.

Solo en Inglaterra (y por lo tanto en los EE. UU) esta recepción fue rechazada desde el principio, debido a circunstancias históricas, por parte de una clase de juristas segura de sí misma; aunque cabe señalar una sorprendente similitud entre las características metodológicas romanas e inglesas con respecto a los tipos de acciones, la estructura del sistema y la construcción jurídica orientada a los casos. Desde el renacimiento del estudio del derecho (romano) en Bolonia, los Digestos han orientado y establecido las condiciones generales y las estructuras del contenido del discurso jurídico en Europa, sobre todo del derecho privado. Innumerables generaciones de juristas han considerado el derecho romano como una especie de *ratio scripta*. Incluso aquellos en Europa que no querían aceptarlo como un instrumento político del poder del Emperador del Sacro Imperio Romano de la Nación Germánica sostuvieron que el derecho romano se aplicaba no *ratione imperii sino imperio rationis*: no en virtud de la legislación imperial, sino por orden de la Razón.

Puede decirse, por tanto, que hasta el principio del siglo XIX, cuando con el Código Civil francés se rompió esta unidad, la ciencia jurídica en Europa se ocupaba de la misma materia, el derecho romano, y con la misma lengua, el latín, siendo así una verdadera jurisprudencia europea y no nacional-provincial.

III. El Derecho Romano

Si por lo tanto los Digestos - y así llego al segundo «lugar de la memoria» -como vehículo de transmisión constituyen un lugar fundamental de la memoria colectiva común para nosotros en el sentido explicado al principio, tanto más, y sustancialmente, es su tema, el derecho romano, al que ha llegado el momento de dedicarnos. Por razones de tiempo, esto se hará a través de la discusión de unos pocos principios, fundamentales, que constituyen algunas piedras angulares del sistema jurídico, que hicieron posible el casi increíble rendimiento histórico del Derecho romano, consistente en la formulación de preceptos y conceptos jurídicos que, a pesar de todos los posibles cambios sociales, han demostrado ser capaces de «organizar» las relaciones jurídicas entre particulares y Estados más allá e independientemente de las diversas épocas históricas.

Comenzando por el examen de la concepción de la *res publica* romana, se convendrá en que se basa en la convicción fundamental de que una comunidad social -el Estado- sólo puede funcionar en la medida en que exista un consenso común y fundamental sobre sus estructuras jurídicas y que de la convivencia se derive una utilidad común. Cicerón expresa este concepto en términos muy claros: «la cosa pública, la república, por tanto, dice Africano, es la cosa del pueblo; el pueblo, sin embargo, no es un amasijo de personas que de algún modo se reúnen, sino la reunión de una multitud consociada

por el consenso sobre el derecho y por la comunión de intereses»⁷. Sobre el trasfondo del beneficio mutuo, los ciudadanos están llamados a participar activamente en la vida y el desarrollo del sistema. La *res publica* por tanto, cuya traducción como 'estado' es reductora, es el todo, la suma política de los ciudadanos. No constituye una *aliud* respecto a los ciudadanos, no es el Estado «frontal» que, desde la Ilustración, con la construcción de los derechos fundamentales del ciudadano individual, se puede y se debe defender y al que hay que atribuir paternalistamente funciones y objetivos sociales y un papel configurador y director de las necesidades de los ciudadanos, como es propio de nuestras sociedades modernas. Al contrario: cada uno tiene derecho a perseguir libremente sus propios objetivos, naturalmente por su cuenta y riesgo y asumiendo la responsabilidad de los mismos.⁸

La consecuencia de ello es que la configuración de las relaciones entre particulares conlleva una regulación implícita incluso de cuestiones fundamentales relativas a la organización del Estado. La definición normativa de las relaciones de derecho privado adquiere así una importancia central, mientras que el *ius publicum* desempeña un papel marginal en la discusión jurídica. El jurista tardoclásico Ulpiano señala, lapidariamente, cómo el derecho

⁷ Cic. rep. I 25, 39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.* Sobre las raíces filosóficas del pasaje cfr. WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, München 1988, 642ss. con ulterior bibl.

⁸ Sobre la idea de *res publica* véase DREXLER, H., *Politische Grundbegriffe der Römer*, Darmstadt 1988, 1ss. Sobre el concepto afín de *libertas* véase -siempre fundamental- SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954, 95ss.

público concierne a *sacra, sacerdotes y magistratus*, e inmediatamente después se dedica a la discusión de las subdivisiones del *ius civile*⁹.

A partir de la idea moderna del Estado surge la necesidad de tener derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Una concepción distinta del Estado, como la romana, permite que el Derecho privado cumpla también, al menos en parte, esa función de garantía y protección. Los particulares están llamados a ocuparse de la regulación de sus propios intereses. Sin embargo, el marco jurídico, los instrumentos jurídicos, deben ser establecidos y regulados de forma clara y precisa por el Estado. El principio de autonomía privada como eje central del sistema y la protección de la confianza como su columna vertebral son posibles y están garantizados para los ciudadanos y los extranjeros por la *bona fides*¹⁰.

2) El papel de la *fides* debe subrayarse especialmente. En la antigüedad se conoce fundamentalmente el principio de personalidad: cada persona será juzgada conforme al derecho de su patria. El ateniense vive, sin importar donde se encuentre, conforme al derecho ático, el cretense según el de Creta, etcétera. Esto tiene por consecuencia que en una *polis* extraña él en principio carece de derechos. Esto era también así en Roma en tanto que el *ius civile* era

⁹ Ulp. 1. *inst.*

¹⁰ Sobre la relación entre el derecho privado y el derecho público y la función del derecho privado en Roma vid. CHIUSI, T. J., *Die umfassende Dimension des Privatrechts. Systemtheoretische Bemerkungen über eine Rechtsordnung, die keine „Grundrechte“ kennt*, en J. Neuner (Hrsg.) *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen 2007, 3-25.

el *ius proprium civium Romanorum* y valía sólo para los ciudadanos romanos, no para los peregrinos. Las leyes vinculaban solamente a los ciudadanos romanos, a no ser que explícitamente incluyesen a los peregrinos. Lo mismo valía para los senadoconsultos, que sin embargo podían también dirigirse exclusivamente a los peregrinos. Para poner remedio a esta situación, Roma, sin embargo, en una actuación sin parangón, mucho antes de que pudiera hablarse de un Imperio romano mundial, creó una jurisdicción especial, que de hecho relativizaba el principio de personalidad y que hacía posible integrar a los peregrinos en el tráfico jurídico. El *ius gentium* desarrollado aquí sería, como he dicho, muchísimo más importante que el *ius civile*. Su fundamento se halla propiamente en la *fides*, el deber de fidelidad, que Cicerón designa como *fundamentum iustitiae* y de cuya violación Ulpiano dirá *grave est fidem fallere*. La *fides*, representa, de un lado, la base para el reconocimiento del valor vinculante de los contratos que se concluyen por el simple consentimiento, como la compra, el arrendamiento, el mandato y la sociedad. Por otro lado, una vez que la fuerza vinculante de tales contratos fue reconocida, la misma *fides* devino, en la forma de *bona fides*, la medida para la configuración del contenido de las obligaciones contractuales. Se debe lo que corresponda según la *bona fides*. Esto es debido a que en el procedimiento ante el *praetor peregrinus* con el curso del tiempo se desarrolló un nuevo tipo de proceso, el llamado procedimiento formulario, que lentamente reemplazaría al viejo procedimiento de las *legis actiones*, con sus fórmulas orales complicadas y engorrosas, reservado a los ciudadanos romanos. En el procedimiento formulario, las partes que

quieren dirimir un pleito están vinculadas a unas fórmulas consignadas por escrito, que el pretor tomará de su Edicto, en el que están contenidos los supuestos que se compromete a amparar procesalmente. En los contratos que aquí nos interesan (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), la parte de la fórmula en la que el demandante hace valer su pretensión contra el demandado dice así: *quidquid dare facere oportet ex fide bona* – todo aquello que el demandado está obligado a dar o hacer conforme a la buena fe. Y no cabe temer una especie de arbitrariedad incontrolada por parte del juez. La aplicación e interpretación de la *bona fides* se guiaba por principios firmes y reconocibles, que los juristas elaboraron a lo largo de los siglos mediante una confrontación interna, aunque (para nosotros) sorprendentemente diacrónica, estrecha y técnicamente de muy alto nivel. Con esta vara de medir, el juez, que también puede ser un peregrino, dictará sentencia. Esto explica el lugar privilegiado que ocupa el principio de buena fe, surgido en el tráfico jurídico con peregrinos, formando aún hoy día, según el artículo 242 del código civil alemán la base del derecho de obligaciones en su totalidad, y según el artículo 1134 III del code civil y de los artículos 1337,1366, 1375 del codice civile también la base del sistema contractual francés e italiano. Donde no existe un ordenamiento común, donde no existen estructuras jurídicas comunes, se busca en la *fides* recíproca el denominador común para desarrollar relaciones jurídicas.

La introducción del canon fundamental de la *fides* en el mundo del Derecho tiene, pues, el valor de una revolución copernicana, porque a partir de él las partes contratantes no tienen que recurrir a esquemas heredados o fórmulas fijas, palabras mágicas o actos rituales en la formación y regulación de los contratos, sino que mediante la mera prestación mutua de consentimiento pueden celebrar contratos y son libres de regular el contenido de sus relaciones jurídicas como mejor les parezca, actuando siempre, naturalmente, de acuerdo con lo permitido (o no prohibido) por las *boni mores*. Este es el germen del que brota la autonomía privada, que impregna fundamentalmente todo el sistema de contratos.

3) La jurisprudencia -que viene a ser otro elemento constitutivo del derecho romano- constituye un factor fundamental en el desarrollo del sistema jurídico. A partir del siglo III a.C., es decir, desde el momento en que el cuidado de la ley había pasado de los pontífices a manos laicas, fueron los juristas, en estrecha colaboración con el pretor, los responsables del desarrollo de la ley, tanto conceptual como sistemáticamente. Los juristas llamados por el pretor en virtud de sus conocimientos para asesorarle en la formulación de nuevas acciones o nuevos instrumentos jurídicos, que luego se publicaban en el edicto, contribuían decisivamente al desarrollo del derecho también mediante la formulación de modelos contractuales para los particulares que los necesitaban o de

dictámenes procesales que igualmente les solicitaban las partes o el juez interesado¹¹.

El derecho privado estaba confiado en Roma no tanto (o al menos no sólo) a las leyes comiciales del Estado, sino, sobre todo, a la actividad jurisdiccional del pretor, ciudadano privado elegido anualmente, asesorado por otros ciudadanos privados, los juristas, como técnicos, cuya pericia se basaba en el discurso jurídico tradicional entre juristas y en la proximidad a las necesidades concretas de la práctica. Es precisamente el mecanismo del edicto del pretor y la función jurisdiccional que ejercía con la ayuda de los juristas lo que garantiza al sistema jurídico romano un dinamismo estructural, una capacidad de adaptación a las situaciones reales inherente al propio sistema privado. Un modelo, por tanto, de evolución continua del Derecho, que encaja perfectamente con la concepción del Estado comentada anteriormente. Este trabajo continuo directamente sobre las fuentes del derecho, que luego se manifiesta en la solución de casos, racionalmente rastreables y orientados al caso concreto, y que en esta forma fue practicado en la antigüedad sólo por los romanos, ha creado una increíble y fértil masa de «material» jurídico privado, que ha impregnado y formado la cultura jurídica europea hasta nuestros días¹².

¹¹ Sobre el papel, la función y la influencia de la jurisprudencia clásica, véase por todos WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte* cit. (nota 7), 518ss.

¹² Sobre la contribución de los juristas al desarrollo del derecho por parte del pretor véase. GALLO, F., *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, en SDHI 62 (1996), 1ss.

4) Responde a la habilidad política de los romanos - y así llegamos al tema de la administración provincial y de las relaciones entre derecho romano y derechos provinciales - el garantizar una amplia autonomía provincial, con tal de que los intereses de Roma no resultaran afectados. El principio del *uti legibus suis*, el uso del propio derecho, es desde un principio la directriz de la estructura de la dominación romana; Roma fue ajena a toda idea de exportación premeditada del derecho romano a las provincias. Era naturalmente el único derecho de los ciudadanos romanos, y los provinciales podían servirse de él si así lo deseaban. En eso caso se trata, para usar una imagen, de "extranjeros internos" o de extranjeros que participan del derecho. Como consecuencia de la organización conventual, el gobernador estaba disponible como juzgador a intervalos regulares, y los habitantes de la provincia podían dirigirse a él con una petición de auxilio jurídico, auxilio al que evidentemente, como dejan de manifiesto los variados papiros acerca de la jurisdicción de los gobernadores provinciales, recurrían gustosamente dichos habitantes. En qué medida subyacen en esta actitud recelos contra los tribunales "locales" no podemos discutirlo aquí. En todo caso, el material papirológico indica que la jurisdicción del gobernador, que naturalmente utilizaba por principio el derecho romano en su tribunal, se atribuía a sí misma una función de amparo de los provinciales. Como ejemplo puede mencionarse el archivo de Babatha, una judía que enviudó en dos ocasiones, con un hijo del primer matrimonio, y que supuestamente encontró la muerte en una cueva sobre el Mar Negro durante el alzamiento judío de Bar-Kochba contra los romanos entre los años

132 a 133 d.C. En su archivo se encuentran escritos que documentan sus asuntos jurídicos. Así, hay concesiones de dote, contratos de arrendamiento y depósito y, en particular, peticiones dirigidas al gobernador. Y es que Babatha no estaba de acuerdo con la gestión del patrimonio de su hijo realizada por sus tutores, y trataba de obtener la posibilidad de administrar el patrimonio del niño ella misma. Por los documentos es evidente que obtiene del gobernador una promesa de amparo frente al aparente despilfarro de los tutores, y ayuda para la obtención de la solicitada administración del patrimonio. Es llamativo que Babatha como judía acuda precisamente ante el gobernador romano contra los tutores nombrados por el tribunal de la ciudad de Petra, que lo haga usando las formas romanas valiéndose de la traducción griega de la fórmula procesal romana de la *actio tutelae*, la acción de tutela, lo que representa un testimonio casi irrefutable y para los investigadores sensacional a favor de la existencia de fórmulas procesales en las provincias, incluso en una por entonces apenas romanizada, surgida hacía sólo veinte años, como era la provincia de Arabia. Para nuestra cuestión es especialmente interesante que precisamente lo que Babatha presenta ante el gobernador como solución para la pretendida administración del patrimonio reaparezca, un siglo después, inspirado por la praxis jurídica helénica, como modelo en las constituciones imperiales. Tras la concesión el año doscientos doce de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio en virtud de la *constitutio Antoniniana*, las mujeres ya no podían, conforme a los principios del derecho romano, ser tutoras, lo cual sí era posible para las peregrinas en el territorio jurídico helenístico.

Para alcanzar los efectos de una tutela sin ser tutora, se utiliza en el s. III d.C. una construcción transmitida únicamente en dos papiros del siglo segundo, en la que la madre asume la administración del patrimonio filial bajo la promesa simultánea de indemnidad en favor de los tutores, que lo son sólo *pro forma*. El documento de Babatha es el primer testimonio de esta praxis oriental. Puesto que el modelo de administración patrimonial elegido por ella encuentra paralelos en constituciones posteriores, la judía Babatha podría haber contribuido por tanto a una adaptación del instrumental romano. Al servirse para esta finalidad de la jurisdicción romana y de sus formas, pudo haber contribuido igualmente a la introducción del pensamiento jurídico romano en el ámbito provincial.

Con esta observación rozamos la interminable discusión, sobre todo en el cambio del s. XIX al XX, acerca de la relación entre derecho imperial y derechos locales: ¿influencia romana en las instituciones provinciales o alteración de las instituciones jurídicas romanas por contaminación de los usos jurídicos provinciales? La respuesta al respecto tiene mucho que ver con el espíritu científico de cada época. Aquí situaremos el centro de gravedad en dos circunstancias: por un lado, en el marchamo romano claramente apreciable en el material documental; por otro, en la incidencia recíproca, en la interacción entre las concepciones jurídicas romanas y provinciales, que es el síntoma de la gran capacidad del derecho romano de incorporar mentalidades jurídicas extranjeras, diversas.

5) De todas formas: la historia de Roma comienza con un extranjero. Eneas y sus seguidores, huidos desde Troya a Italia, como escribió Virgilio en el primer verso de su epopeya, colocaron la piedra fundacional de la ciudad eterna¹³. Según el relato de Livio, Eneas establece vínculos con el rey local Latinus y a la muerte de este surge una estirpe única de la unión de los troyanos con los indígenas¹⁴. De la familia de Eneas forma parte, a través de su hijo Ascanio, Rhea Silvia, la madre de los legendarios fundadores de la ciudad, Rómulo y Remo. También los sucesores de Rómulo son extranjeros: Tito Tacio y Numa son sabinos; Servio Tulio tiene nombre etrusco, Anco Marcio es un descendiente de Numa; Tarquinio Prisco proviene de Etruria, y su padre debió de tener origen corintio¹⁵. Extranjeras eran también, finalmente, las que según la leyenda permitieron el crecimiento de la joven ciudad fundada por Rómulo: las raptadas Sabinas¹⁶.

¹³ *Arma virumque cano, Troiae qui primus ab oris / Italiam fato profugus Laviniaque venit / litora*, Vergil, Aeneis I 1-7. Sobre esta cuestión CHIUSI, T.J., *Das Bild des Fremden in Rom. Juristische Mosaiksteine*, en Girardet/Nortmann (Hrsg.), *Menschenrechte und europäische Identität - Die antike Grundlagen*, Stuttgart 2006, 62 ss.

¹⁴ Livius 1,1,9: *inde foedus ictum inter duces*. - De interés ideológico es la doble versión de la historia relatada por Livio (1,1,6 ss.). Según una versión, Latino habría sido derrotado por Eneas y luego lo habría adoptado en su familia casándose con su hija; según la otra, este proceso habría tenido lugar sin el uso de la fuerza militar, que Eneas estaba, sin embargo, dispuesto a emplear (1,1,8: *vel bello vel paci paratum*). Livius 1,2,4: *nec sub eodem iure solum, sed etiam nomine omnes essent, Latinos utramque gentem appellavit* (y para conseguir que ellos no solo tuvieran el mismo derecho si no también el mismo nombre, llamo ambos tribus Latinos)

¹⁵ Livius 1,34,1 ss. Según este pasaje, los etruscos lo despreciaban por ser hijo de un inmigrante extranjero (*Spernentibus Etruscis Lucumonem exule advena ortum*, 1, 34,5).

¹⁶ Livius 1,9 ss.

En el mito fundacional de la ciudad de Roma se refleja el agrupamiento de lo diverso, la integración del extranjero, mito que será utilizado como motivo recurrente a lo largo de la transformación de Roma en un Imperio mundial. Sobre todo en el relato de Livio el concepto de *reductio ad unum* (reducción a la unidad) juega un importante papel. La fusión entre romanos y sabinos tras las disputas entre Rómulo y Metio Curcio es comentada con las siguientes palabras: *civitatem unam ex duabus faciunt* (hicieron de dos ciudades una)¹⁷. También el que, tras la hostilidad entre Horacios y Curiacios, el vencido pueblo de Alba se asentase en Roma, recibiese el derecho de ciudadanía romana, y su élite se integrase en el senado, responde a la máxima *unam urbem, unam rem publicam facere* (construir una única ciudad, una sola república)¹⁸. Es cierto que en estos mitos fundacionales encuentra reflejada la ideología augústea de la unidad del imperio, propagada y materializada muy especialmente por el propio Livio; pero es significativo que este modelo integrador se adopte precisamente en una época en la que Roma es ya la potencia mundial indiscutible¹⁹.

Una estructura similar de pensamiento y una atribución comparable de roles resuena en la célebre profecía del libro sexto de la Eneida de Virgilio, en la que la superioridad de otros pueblos en diversos ámbitos culturales no solamente es reconocida sino

¹⁷ Livius 1,13,4.

¹⁸ Livius 1,28,7; cfr. 1,23,2: *duo populi in unum confusi sunt*.

¹⁹ Sobre el tema: CHIUSI, T. J., *Zur Idee des „Universalismus“ des Römischen Rechts bei Livius*, en Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*, Festschrift für Detlef Liebs, Berlin 2011, 105 ss.

gustosamente aceptada, al tiempo que se muestra plásticamente la función de Roma como instauradora de la paz y del derecho: „*tu regere imperio populos, Romane, memento – hae tibi erunt artes: pacique imponere morem, parcere subiectis et debellare superbos*“²⁰.

El núcleo de esta ideología es la tendencial universalidad del Imperio, que no sólo proviene del hecho de que continuamente nuevos pueblos con estructuras administrativas diversas y a menudo complejas son incorporados a Roma y a su ámbito de influencia, sino también de que estos pueblos y sus culturas son recibidos en el edificio sociocultural y jurídico que llamamos Roma. Significativo resulta en este contexto el elemento religioso: los dioses romanos encuentran su equivalente en el mundo de los dioses homéricos. La posterior penetración de los cultos orientales de Isis y Mitra hasta la llegada del cristianismo son más una muestra de tolerante indiferencia que de una real capacidad de recepción. Estos cultos pudieron difundirse de manera tan significativa porque se permitió ampliamente su ejercicio a los pueblos incorporados que, por así decirlo, los trajeron consigo. El límite de esta tolerancia fue la razón de Estado, es decir, el peligro de una perturbación de la seguridad pública o incluso de una desestabilización del imperio. El trato dispensado a los judíos, cuya colonia en Roma pudo vivir sin injerencias a lo largo de los siglos, es un ejemplo de ello. La represión despiadada de los dos grandes alzamientos judíos de los siglos primero y segundo después de Cristo no fueron persecuciones antijudaicas, sino drásticas medidas policiales en gran

²⁰ Virg., Aeneis VI 847-853; 851 ss.

escala²¹. Lo mismo podría decirse de las primeras persecuciones contra los cristianos. Hasta tiempos de Decio no fueron más que medidas aisladas y limitadas a fin de garantizar la seguridad pública; sólo más tarde puede hablarse de una persecución sistemática, desatada por verse en la creciente práctica de esta religión un peligro para el Estado romano. Al negarse a reconocer la divinidad del emperador, los cristianos representaban un peligro para su autoridad²². La divinización del emperador, por cierto, no era una costumbre genuinamente romana. Fue tomada de Oriente, tolerada por Augusto como parte de su programa ideológico para las provincias orientales, y utilizada cada vez más por sus sucesores en su función de institución unificadora de un imperio „multicultural“. Pero precisamente por ello la práctica del cristianismo resultaba subversiva, justamente por socavar la figura integradora que el emperador personificaba. Esta integración, por lo demás, no está garantizada únicamente por la persona del emperador, sino también a través de la siempre creciente participación de las clases pudientes provinciales en la administración del imperio, de lo que habremos de tratar de nuevo más adelante, en conexión con la concesión de la ciudadanía romana que conducirá a un reforzamiento del ensamblaje del Estado. Así, los funcionarios de las provincias son a menudo ellos mismos provinciales, y esto repercutirá a su vez en la composición del Senado de Roma. A partir de Adriano, la jurisprudencia, que

²¹ Sobre el tema: ROBINSON, O. F., *Repressionen gegen Christen in der Zeit vor Decius - noch immer ein Rechtsproblem*, SZ 112, 1995, 352 ss.

²² Vid. ROBINSON, O. F. *Repressionen gegen Christen in der Zeit vor Decius*, cit. p. 369.

representa unos de los grandes pilares de la estructura administrativa, pierde sus raíces romano-itálicas, adoptando un carácter cada vez más cosmopolita. Así, Salvio Juliano y Sexto Cecilio Africano provienen de África, Ulpiano de Tiro; en Papiniano, Paulo o Marciano sus gentilicios sugieren un origen provincial; Calístrato, Arrio Menandro y Trifonino eran de origen indudablemente griego²³. Otro pilar del imperio, el ejército, muestra la misma imagen: ya en tiempos de la dinastía flavia, cada soldado itálico estaba flanqueado por cuatro o cinco provinciales²⁴. Incluso los emperadores a partir ya del siglo primero tienen sus orígenes en familias provinciales: baste recordar a Trajano, Adriano o Marco Aurelio.

Dejando a un lado la antigua cuestión de si los romanos practicaron o no desde el principio una política premeditadamente expansionista, la Roma de Virgilio, Horacio y Séneca había ya alcanzado ese *status*, y era plenamente consciente de que carecía de rival. Esta Roma no tenía por tanto que temer ya a los extranjeros. Pero no tener motivos para temer al foráneo no conduce necesariamente a su integración en la cultura y el orden jurídico propios, y desde luego en absoluto conduce necesariamente a concebir la propia comunidad como el resultado de las aportaciones de distintos pueblos con sus propias culturas. La cuestión es, por tanto, por qué los romanos eligieron precisamente este modelo

²³ KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl. Graz u.a. 1967, 306 ss.

²⁴ FORNI, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano*, Pavia 1953, 65.

integrador, que compromete al extranjero con el funcionamiento de la comunidad, y si este fenómeno comenzó realmente en el Principado con el programa político de Augusto o si hemos de encontrar sus raíces más atrás en el tiempo.

La idea de la *fides* proporciona aquí también la clave para la comprensión de las relaciones de derecho público entre Roma y los peregrinos. Citaré solo unos ejemplos. Empezando por los tratados entre los pueblos de Roma y Cartago o las *poleis* griegas, y dejando a un lado la cuestión de si en el contexto de las relaciones políticas entre las potencias implicadas deben considerarse *foedera aequa* o *iniqua*, todos ellos están basados en la *fides Romana*. Esto significa que el pueblo romano garantiza que lo establecido en el acuerdo será cumplido. De nuevo pueden observarse aquí dos distintos matices en la *fides*: en primer lugar, el poder fiarse de la lealtad del otro; y en segundo lugar, asumir la responsabilidad del bienestar del otro, que confía en la observancia de la *fides*. Uno de los mejores testimonios de este doble significado de la *fides* se encuentra en el ritual de la *deditio*, la capitulación. El pueblo que ha de capitular en una guerra frente a los romanos (no el que ya se ha rendido previamente), concluye con el general romano un acuerdo que se formaliza según un juego de pregunta y respuesta que recuerda el modelo de la *stipulatio*. El general pregunta a los enviados enemigos si están legitimados a hablar en nombre de su pueblo y si desean entregarse. Ellos responden *dedimus* (nos entregamos); entonces el

comandante responde: *at ego recipio* (y yo os tomo)²⁵. El resultado de la *deditio* es la renuncia a la independencia de la anterior comunidad. La finalidad es que el vencido se confía a Roma, se da *in fidem et dicionem populi Romani* y con ello consigue seguridad -que sin embargo depende unilateralmente de Roma- para su vida y su libertad. La *deditio* puede rechazarla el comandante si quiere actuar libremente con los vencidos, matándolos o esclavizándolos. Si por el contrario acepta la *deditio*, quedará vinculado a un comportamiento cuya medida viene dada por la *fides*. Si se tiene en cuenta la brutalidad del antiguo derecho de guerra, que, como ha sido dicho no se dirigía como hoy a la protección del vencido sino a autorizar todo al vencedor, puede uno darse cuenta de hasta qué punto el concepto romano de la *fides* abrió caminos no sólo en el ámbito del derecho privado sino también en el derecho internacional público²⁶.

Esto nos conduce también a la discusión acerca de la concesión de la ciudadanía romana a los habitantes del Imperio. Con la noción de la *polis* se corresponde la idea de que nadie puede ser simultáneamente ciudadano de dos *poleis*. Lo expresa claramente Cicerón en el proceso de ciudadanía de Balbo: *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*²⁷. Con la expansión de Roma surge sin embargo la pregunta de cómo afecta la concesión de la ciudadanía romana a la ciudad de origen del afectado, quien por la estricta aplicación del principio perdería un ciudadano obligado

²⁵ Liv. 1,38,1 s.

²⁶ Cfr. NÖRR, D., *Die fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991, 12 ss. (= NÖRR, D., *Historiae Iuris Antiqui III*, Goldbach 2003, 1794 ss).

²⁷ Cic. pro Balb. 28.

frente a ella a diversas prestaciones. Si Cicerón en el *Pro Balbo* trata de refutar la idea de que para la concesión de la ciudadanía romana sea necesario el consentimiento de la ciudad a la que el beneficiado dejará de pertenecer, está descubriendo el Mediterráneo²⁸. Porque la concesión de la ciudadanía venía siendo utilizada por Roma precisamente como instrumento político a fin de asegurar su liderazgo mediante la integración inmediata de los peregrinos inicialmente de clase alta en el aparato estatal. La incompatibilidad entre la ciudadanía romana y la de las demás ciudades deviene sencillamente obsoleta con la ascensión de Roma al *status* de potencia mundial. Que la concesión de la ciudadanía romana no implicaba liberarse de las cargas respecto de la ciudad de origen lo dispuso explícitamente Augusto en un Edicto para Cirene. Esto acabó siendo algo evidente por sí mismo; puede verse aquí el punto de partida de la teoría del *origo*.

En la concesión de la ciudadanía, los romanos se muestran, al contrario que los griegos, prudentes y generosos²⁹. Arístides dice que en cada ciudad habría muchos ciudadanos que tendrían la ciudadanía romana no menos que la de sus compatriotas³⁰. Es claro que la *civitas Romana* se hallaba en un plano distinto que la ciudadanía local, y que por ello la relación entre ambas no puede captarse con la simple noción de doble ciudadanía. La relación de Roma con las *civitates* pertenece sobre todo al ámbito político, por lo que su comprensión jurídica resulta muy difícil. Las personas

²⁸ MOMMSEN, Th., RG III, Leipzig 1856, 182.

²⁹ Dion. Hal., ant. II, 16 s.

³⁰ Aristides XXVI (XIV) 64 p. 109 Keil.

afectadas son extranjeras que viven en provincias romanas, pero tienen la posibilidad de hacerlo conforme al derecho de su lugar de origen. Gráficamente hablando, se trata de “extranjeros del lugar”. Puede emplearse aquí el concepto de *patria communis*, que usarán juristas posteriores, pero que, como hemos visto, también es empleado por Cicerón o Séneca. Seguramente un concepto de este carácter encaja de modo relativamente fácil en la ideología universalista del Imperio mundial. Que este concepto sin embargo apareciera ya en época republicana en la distinción entre *patria loci* y *patria iuris* -en la que Roma puede considerarse como *patria communis* con independencia de la concesión formal de la ciudadanía romana- es muy significativo para la cuestión planteada³¹. Para el observador moderno resulta en todo caso fascinante cómo Roma se considera a sí misma *patria iuris* (patria de derecho) completamente al margen de consideraciones de origen, raza o la religión.

Así, la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio en la *constitutio Antoniniana* es un último paso consecuente y casi previsible, en la línea de un proceso evolutivo continuado. Con él, la idea de extranjero en sentido jurídico-público quedará abolida. Desde una perspectiva jurídica, Roma no se disuelve en el imperio mundial, más bien se traga al mundo. La idea de *patria communis* desarrollada por Cicerón y Séneca se hace realidad por

³¹ Call. D.48.22.18; Mod. D. 27.1.6.11.

cuanto, proceda uno de donde proceda, es ahora a la vez romano³². De facto, sin embargo, la progresiva romanización no sólo significa que las instituciones romanas se expandan a las provincias, sino también que el derecho y la cultura romanos se dejan marcar por las peculiaridades provinciales. También en este aspecto la *constitutio Antoniniana* es el lógico y natural último paso, pues la unificación del *status* individual de las personas es reflejo de la tendencial unificación del derecho y la administración dentro del Imperio, que se consiguió en el curso de siglos de complicadas interacciones de concepciones jurídicas romanas y provinciales.

En la historiografía del mundo antiguo se formuló la tesis de un "ideal of inclusiveness" dominante entre los romanos³³. Mejor debería hablarse de la tendencia integradora de Roma y su ordenamiento jurídico. Esto significa la disposición a acoger a extranjeros junto con sus culturas, religiones y derechos, si están dispuestos a dejarse acoger, es decir, si están dispuestos a concebirse como parte de Roma, a incluirse en la estructura ideológico-jurídica romana. Presupuesto para ello es una actitud fundamentalmente abierta hacia los extranjeros que, como se ha mostrado, es reconocible en las estructuras constitutivas del ordenamiento jurídico. Que precisamente estas estructuras desarrolladas en el tráfico jurídico con los peregrinos fueran las que fundaron la continuada influencia del derecho romano y en último término permitieron su recepción en toda Europa no puede ser una

³² Cic. de leg. II 2.5.; Sen., ad Helviam (dial. XII) 6,4: *Deinde ab hac civitate discede, quae veluti communis potest dici...*

³³ LAST, H., *Cambridge Ancient History* XI, 2. Aufl. Cambridge 1954, 437.

casualidad. Se trata de la configuración de la relación con los extranjeros mediante un modelo de comportamiento muy concreto que políticamente se demostró acertado. Con ello se pretendía siempre hacer avanzar la romanización y los intereses y valores de Roma. Se puede hablar, de modo paradójico, de una homogeneidad heterogénea. La heterogeneidad resulta de la tendencia a abarcarlo todo; la homogeneidad se basa en la sustanciación consecuyente de un modelo concreto de Estado, cuyos pilares ideológicos, que le otorgan unidad, son el emperador y el derecho, y cuyo fundamento práctico está constituido por la estructura de la administración y la organización de las ciudades.

IV. Conclusiones.

Al elegir la perspectiva de los «lugares de memoria» he pretendido ofrecer elementos de reflexión sobre la cuestión de la existencia de una identidad cultural europea e iberoamericana. Soy consciente del peligro de incurrir en la crítica de lo políticamente correcto en la medida en que el análisis de la existencia de una identidad cultural iberoamericana presupone el pasado colonial y, por tanto, de alguna manera es parte de él. Pero el reconocimiento de lo que una cultura ha llegado a ser, de dónde procede y por qué vías se formó no implica ni la justificación ni la ausencia de una actitud crítica -en el sentido etimológico griego del término, de juicio- hacia esos orígenes y vías. Los ejemplos que he puesto pretenden que se tome conciencia concreta, y no mediante meras afirmaciones efectistas, de cómo el Derecho romano es fundacional

de la cultura jurídica europea y, a través de ella, del contexto iberoamericano.

Al hacerlo, les he encomendado la tarea de construir idealmente el puente conceptual entre el *exemplum* y el lugar de la memoria y me he concentrado en describir los pilares de este puente, por ejemplo, en la discusión sobre el imperio, el papel de los extranjeros en él para el desarrollo y la transformación del derecho y la actitud integradora de las estructuras jurídicas. Aquí sólo he insinuado deliberadamente a veces la transferencia intelectual del modelo conceptual romano a las situaciones y acontecimientos modernos. Permítanme a este respecto insinuar mi esperanza de que mi conferencia no sólo contribuya - l'art pour l'art - a la reflexión científica ante un público culto, sino que también dé pie al debate político sobre los fundamentos de la cultura europea y la posición de Europa en el mundo. Con respecto a ambos aspectos, la conciencia de la identidad cultural es, en mi opinión, indispensable. Creo que no siempre está claro para todos los participantes en el discurso político e intelectual sobre Europa y sus relaciones exteriores, que el hecho de que a los países europeos les resulte relativamente fácil encontrar parámetros jurídicos comunes depende del mismo alfabeto jurídico que poseen, a saber, el del Derecho romano. Del mismo modo que probablemente no todo el mundo sea consciente de cómo, por la misma razón, Europa podría intensificar fácilmente sus relaciones con el mundo latinoamericano en el plano jurídico. Hace algún tiempo leí por casualidad una entrevista a un ex embajador chileno en Alemania en la que

señalaba que los intereses del mundo latinoamericano no sólo no son los mismos que los de Europa, sino que geopolíticamente son cada vez más opuestos. Mencionó el papel de China como nueva potencia geopolítica y, por supuesto, de Estados Unidos, pero también de Rusia. Aquí, creo que tenemos que empezar a poner acentos diferentes. Personalmente estoy convencida de que no sólo las ventajas económicas o las consideraciones utilitario-estratégicas son la respuesta vencedora frente a las cuestiones geopolíticas que vuelven a dar la vuelta al mundo en estos mismos meses, sino también y sobre todo el sentimiento de pertenencia cultural común de los mundos iberoamericano y europeo. Queridos colegas, con vuestra Asociación habéis asumido una tarea difícil pero apasionante, la de contribuir de manera fundamental a mantener abierta la puerta del mundo del Derecho Romano al contexto intercontinental del mundo iberoamericano y hacer así que ese mundo sea cada vez más consciente de la aportación fundamental del Derecho Romano a los derechos de los países iberoamericanos.

Bibliografía:

CHIUSI, T.J., *Das Bild des Fremden in Rom. Juristische Mosaiksteine*, en Girardet/Nortmann (Hrsg.), *Menschenrechte und europäische Identität - Die antike Grundlagen*, Stuttgart 2006, 62 ss.

CHIUSI, T. J., *Die umfassende Dimension des Privatrechts. Systemtheoretische Bemerkungen über eine Rechtsordnung, die keine „Grundrechte“ kennt*, en J. Neuner (Hrsg.) *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen 2007, 3-25.

CHIUSI, T. J., *Zur Idee des „Universalismus“ des Römischen Rechts bei Livius*, en Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*, Festschrift für Detlef Liebs, Berlin 2011, 105 ss.

CHIUSI, T. J., *Die Antike und Europas Erinnerungsorte*, en *Forum classicum* 3 (2018), 156 -181.

DREXLER, H., *Politische Grundbegriffe der Römer*, Darmstadt 1988.

FORNI, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano*, Pavia 1953.

GALLO, F., *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, en *SDHI* 62 (1996), 1ss.

KAISER, W., *Digestenentstehung und Digestenüberlieferung*, en *ZRG (Rom. Abt.)* 108 (1991), 330 ss.

KAISER, W., *Art. Digesten (Überlieferung)* en *Der Neue Pauly*, Bd. 13, Stuttgart-Weimar 1999, p. 845-852.

KAISER, W., *Zum Aufbewahrungsort des Codex Florentinus in Südditalien*, en Theisen/Voss (Hrgs.) *Summe - Glosse-Kommentare: Juristisches und Rhetorisches in Kanonistik und Legistik*, Osnabrück 2000, 95 ss.

KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl. Graz u.a. 1967.

KUNKEL/SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Auflage Köln 2005.

LAST, H., *Cambridge Ancient History XI*, 2. Aufl. Cambridge 1954,

MOMMSEN, Th., *Römische Geschichte III*, Leipzig 1856.

NÖRR, D., *Die fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991.

NÖRR, D., *Historiae Iuris Antiqui III*, Goldbach 2003.

ROBINSON, O. F., *Repressionen gegen Christen in der Zeit vor Decius - noch immer ein Rechtsproblem*, SZ 112, 1995, 352 ss.

SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954.

WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, München 1988.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 15/09/2024	Fecha de aceptación: 16/10/2024
Palabras clave: <i>metus, metus reverentialis, vis ac metus, adulterium, stuprum, fur manifestum.</i>	Keywords: <i>metus, metus reverentialis, vis ac metus, adulterium, stuprum, fur manifestum.</i>



EL METUS COMO POSIBLE CAUSA DE INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO. EL CASO DEL *IN ADULTERIO DEPREHENSUS*

METUS AS A POTENTIAL CAUSE OF INEFFICACY OF THE LEGAL TRANSACTION. THE CASE OF *IN ADULTERIO DEPREHENSUS**¹

Esther Domínguez López

Profesora Titular de Derecho Romano

Universidad de Málaga

ORCID : <https://orcid.org/0000-0001-8631-9802>

(DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther. El *metus* como posible causa de ineficacia del negocio jurídico. El caso del *in adulterio deprehensus*. RIDROM [online]. 33-2024. ISSN 1989-1970. pp.129-180.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Sabemos que en s. I a.C., y como remedio para los que habían realizado un negocio jurídico bajo coacción, otorga el pretor la *actio quod metus causa* (referida en D. 4,2 "*quod metus causa gestum erit*"), cuyo objetivo era obtener el reintegro del perjuicio patrimonial del acto realizado por miedo. De entre los varios supuestos contemplados por los juristas en que tenía aplicación este edicto, se menciona el de los adúlteros que por miedo a las represalias (fundamentalmente *metus mortis*) realizaban un determinado negocio. Se trata de una interesante en cuanto novedosa perspectiva, teniendo en cuenta que el adulterio suscitó gran interés *ab antiquo*, pero es la primera vez que lo encontramos conectado a la teoría general del negocio jurídico.

Abstract:

It is known that during the first century B.C. the praetor granted the *actio quod metus causa* (referred to in D. 4,2 '*quod metus causa gestum erit*'), as a remedy for those who had entered into a legal transaction under duress. This *actio* sought to obtain restitution of the economic damage caused by the act - performed out of fear. The case of adulterers who, out of fear of retaliation (fundamentally *metus mortis*), carried out a certain agreement is mentioned, among the various situations contemplated by the jurists in which this edict applied. This is an intriguing and novel perspective, bearing in mind that adultery raised great interest *ab antique* and it is the first time we find it connected to the general theory of the legal transaction.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el seno del grupo de investigación SEJ-163 Historia de las Instituciones Jurídicas.

SUMARIO: Introducción: Reflexiones generales sobre el miedo como vicio del consentimiento. 1. Efecto jurídico de la *vis ac metus* en la experiencia negocial romana. Ideas generales. 2. El edicto *de metus*. 2.1. *Vis ac metus*. Delimitación edictal. 2.2. Requisitos del *metus* a efectos edictales. 3. Un ejemplo particular: el caso del sorprendido en adulterio. -Bibliografía.

Introducción: Reflexiones generales sobre el miedo como vicio del consentimiento

En el artículo 1265 de nuestro Código civil (libro IV, Título II, Capítulo II: “Requisitos esenciales para la validez de los contratos”), se establece que: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Aunque el legislador habla de nulidad, la doctrina considera más acertadamente que se trata de circunstancias que pueden dar lugar a la “anulabilidad” del contrato pues, aunque están presentes todos sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa), uno de ellos (el consentimiento), se ve afectado por un vicio, y ello da lugar a que pueda impugnarse la validez de aquél con eficacia retroactiva. Así se establece en los artículos 1300 y 1301, en que se prescribe el plazo de cuatro años desde la conclusión del contrato, para ejercitar la correspondiente acción.

Parte el legislador de la base de que solo la voluntad que se manifiesta de manera perfecta, esto es, con pleno discernimiento,

intención y voluntad, produce plenos efectos jurídicos. Los vicios típicos del consentimiento, que el Código menciona, afectan: bien a la “formación de la voluntad”, o más precisamente al entendimiento o intención del sujeto, como son el dolo y el error; bien a la “prestación del consentimiento”, o lo que es igual, a la libre voluntad del sujeto, como son la violencia y la intimidación². Es decir, quien padece error o dolo no conoce la anormalidad que está viciando su consentimiento, pues si la conociese ya no habría error (se incluye el provocado dolosamente)³. Diversamente, en caso de violencia o intimidación está comprometida en mayor o menor medida la libertad (pero sin llegar a anularla; pues si se llegase a anular no se podría hablar de vicio, sino de ausencia del consentimiento), pues quien actúa bajo alguno de estos condicionantes, lo hace siendo consciente de que su elección no es libre.

Toda esta teoría de las anormalidades o vicios del consentimiento, elaborada por la pandectística alemana sobre el precedente de la corriente iusnaturalista⁴, debe ser objeto de una

² Para la consideración jurídica de los diversos vicios en las fuentes romanas, *vid.* particularmente: BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*. Torino 1943, pp. 360 ss.; y ALVÁREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano*. Madrid 1954, pp. 39 ss.

³ Del error en la formación interna de la voluntad, que es propiamente un vicio en el consentimiento, y da lugar a la anulabilidad del contrato, debe separarse el conocido como “error obstativo” o “error impropio”, que consiste en un error en la emisión de la declaración de la voluntad, es decir, en una divergencia inconsciente entre la voluntad real y la declarada, dando lugar a la nulidad del negocio por falta de consentimiento válido. A propósito, LA CRUZ VERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid 2000, pp. 365-6; y DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*. Madrid 2015, p. 55.

⁴ Como explica OURLIAC-DE MALAFOSSE, *Histoire de droit privé, vol I. Les*

interpretación restrictiva. Pues pocas veces, en efecto, puede decirse que la voluntad del sujeto es plenamente libre o consciente. Al contrario, las más de las veces concurren circunstancias que bien merman o condicionan la libertad, bien la plena consciencia de los efectos del negocio en cuestión. Piénsese en el cúmulo de presiones que nos pueden llevar a consentir en una determinada transacción o las premuras con que muchas veces actuamos, sin medir las consecuencias. En aplicación del principio clásico *pacta sunt servanda* que rige en materia de obligaciones, e implica el pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad y paralelamente la responsabilidad ante las obligaciones asumidas⁵, la jurisprudencia de nuestros Tribunales viene realizando una interpretación restrictiva de la teoría de los vicios del consentimiento, apreciándolos sólo cuando son los mismos de tal entidad que afectan sustancialmente a la voluntad interna o declarada del sujeto contratante⁶. Fuera de tales casos, el ordenamiento se desentiende por razones de seguridad jurídica de todo el proceso interno que rodea la formación de la voluntad o su determinación.

Trasladando estas consideraciones a la problemática del miedo (que es el vicio del que vamos a tratar en esas páginas), ya desde el

obligations. Paris 1969, p. 131, la teoría, e incluso la “idea” de vicio del consentimiento, fue ajena a la mentalidad de los jurisconsultos romanos.

⁵ Vid. a propósito, ALVÁREZ ROBLES. A., “La seguridad en los negocios jurídicos”, en AA.VV., *Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona* (Barcelona 1959, Madrid 2011) pp. 2025 ss.

⁶ Tratando en concreto de la apreciación del error, aclara la STS 366/2013 de 6 de junio de 2013 (EDJ 2013/119038), que al tratarse «... de un remedio excepcional como causa de invalidación del contrato, será necesario también contemplar el posible error a la luz de una jurisprudencia, casuística y analítica, pues se trata de un análisis cuya contemplación debe verificarse, caso por caso, y evitar excesivas generalizaciones».

derecho romano se aprecia una clara tendencia a proteger al individuo en determinadas situaciones en las que efectuaba un negocio bajo los efectos del miedo, otorgando a su favor -como veremos- distintos remedios. En las fuentes romanas vemos con profusión empleado a tales efectos el binomio *vis ac metus*, asumido igualmente por el derecho canónico. Es precisamente en el ámbito de la literatura canonística y conciliar, donde ha encontrado históricamente su máximo desenvolvimiento la doctrina de la *vis ac metus*; en un principio concebida como un impedimento para el matrimonio, y bajo esta formulación la encontramos ya en el Decreto de Graciano y en el II Concilio de Trento⁷, para ser configurada a partir de la codificación, como vicio del consentimiento que invalida el matrimonio⁸. De hecho, la mayoría de las sentencias de nulidad del Tribunal de la Rota son por causa de miedo.

Antes de continuar, unas breves precisiones terminológicas, pues no existe univocidad en el vigente derecho comparado a la hora de designar el vicio del que tratamos. Así, y como explica

⁷ A propósito, AZNAR GIL, F., *Derecho matrimonial canónico 2. Cánones 1057; 1095-1107*. Salamanca 2015², pp. 281-282, y GHIRARDI, M.-IRIGOYEN LÓPEZ, A., "El matrimonio, El Concilio de Trento e Hispanoamérica", en *Revista de Indias* 69/246 (2009) pp. 244-245.

⁸ El canon 1.103 del vigente *Corpus Iuris Canonici* reza: «*invalidum est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrínseco, etiam haud consulto incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium*» («es inválido el matrimonio celebrado por fuerza o por miedo grave, inferido por una causa externa o no inferido...»). Debe tenerse en cuenta que en este caso sí se trata de una causa de nulidad, a diferencia del ámbito civil, pues el principio de la indisolubilidad del vínculo, fundamento de la doctrina cristiana, no permite la rescisión del matrimonio una vez contraído el mismo. A propósito de la nueva redacción del antiguo canon 1087 tras la reforma de 1983, *vid.* FUENTES CALERO, A., "El matrimonio contraído por miedo (canon 1103): comentario a la respuesta de la Comisión de Intérpretes de 23-IV-1987", en *Revista Española de Derecho Canónico* 58 (2001), pp. 647-697.

DOMÍNGUEZ TRISTÁN en su detenido estudio sobre la amenaza en el ámbito negocial⁹, mientras que las fuentes romanas y el derecho canónico ligan constantemente el *metus* o miedo a la *vis*¹⁰, al igual que nuestro vigente Código civil habla de intimidación (=miedo) y violencia, el proyecto de Código civil de 1836, a imitación del modelo francés, prescindía del miedo para referirse solo a la “violencia”. Equiparación ésta del Código francés entre violencia e intimidación (“*violence*”) que, por cierto, se repite en otros cuerpos legislativos europeos e hispanoamericanos, y que es -siguiendo a la autora- la misma tendencia que se aprecia en los proyectos de armonización del Derecho contractual europeo¹¹. Sin embargo, es claro que el significado de ambos términos no es absolutamente intercambiable, aunque puedan parcialmente confluir. Debemos a la tradición canónica la más elaborada formulación acerca del significado preciso de estos vocablos, bastante clarificadora a mi juicio. Partiendo del término *vis*, violencia o fuerza, se diferencian dentro del mismo dos acepciones básicas: *vis* en el sentido de fuerza física, o *vis corpore illata*, que tiene por objeto el cuerpo de la víctima; y *vis* en el sentido de fuerza moral

⁹ DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La amenaza en el Derecho contractual europeo: una reflexión sobre la influencia del Derecho romano clásico en algunos aspectos de su configuración jurídica”, en *Revista General de Derecho Romano*. IUSTEL 35 (2020) pp. 6 ss.

¹⁰ Similarmente, el legislador castellano de Partidas mantiene la dialéctica entre fuerza/miedo (Partidas IV, Tit. II, ley 15), que encontramos también en el Fuero Juzgo.

¹¹ *Ad exemplo*, siguiendo a la autora: el BGB habla sólo de “*Drohung*” (=amenaza); el Código italiano, menciona la “*violenza*”; el Código portugués habla de “*coacção moral*”; y el Código chileno habla de fuerza. Otros Códigos sudamericanos siguen la estela de nuestro C.c. y distinguen entre violencia e intimidación. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La amenaza en el Derecho contractual europeo” cit., p. 6 ss. y nt. 19.

o *vis in animo illata*, que se proyecta no sobre el cuerpo sino sobre el ánimo de la víctima. Más precisamente, siguiendo denominación acuñada ya por la doctrina canonística medieval, hablaríamos en el primer caso de *vis absoluta* o *ablativa*, y en el segundo de *vis compulsiva*. La primera es la que se proyecta directamente sobre el sujeto para constreñirle a hacer algo contra su voluntad, mientras que la segunda vendría representada por el temor a un mal inminente que amenaza. En este segundo caso, no se pretende como en el primero “arrancar” el consentimiento, sino orientar la voluntad del sujeto en el sentido querido por el violentador¹². Las diferencias teóricas entre una y otra forma de violencia se desdibujan con mucha frecuencia en la práctica, pues si bien es cierto que la violencia moral puede darse sin la violencia física, no lo es menos que el sujeto que sufre una fuerza física sobre su persona actúa al mismo tiempo por miedo. El miedo está en efecto presente en ambas formas de violencia: se trata del miedo que opera a través de la fuerza (*vis ablativa*), o de la fuerza que opera a través del miedo (*vis compulsiva*)¹³.

El art. 1267 de nuestro C.C. establece:

¹² En los casos de *vis absoluta*, puede decirse que el cuerpo de la víctima se instrumentaliza, pues la fuerza bruta anula totalmente su voluntad, de manera que no existe acto voluntario alguno ni, por tanto, negocio jurídico válido. Diversamente, cuando se trata de una *vis relativa*, habrá que estar a los requisitos exigidos por el ordenamiento a fin de poder declarar su nulidad. Sobre el particular, PELLEGRINO, P. “La ‘*vis et metus*’ (can. 1103) nel *Codex iuris Canonici*”, en *Ius Canonicum* 37/74 (1997) pp. 529-558.; y PEÑA GARCÍA, C., *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*. Madrid 2014, pp. 275 ss.

¹³ A propósito, con amplias referencias bibliográficas específicas, *vid.* particularmente MARTÍNEZ BLANCO, A., “Matrimonio viciado por miedo”, en *Revista Española de Derecho Canónico* 34 (1978) pp. 229-285.

«Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes...».

No precisa el legislador a qué tipo de violencia se está refiriendo como circunstancia que vicia el consentimiento, pero parece deducirse *litteris verbis* que está hablando de la fuerza física. Sin embargo, es opinión mayoritaria en la doctrina que estos casos de fuerza física quedan en la actualidad fuera del campo de las anomalías que vician el consentimiento, pues en tales supuestos no es que el consentimiento esté viciado, sino que no existe propiamente tal consentimiento¹⁴. El contrato así concluido sería, por tanto, nulo de pleno derecho. A fuer de lo expuesto, también la doctrina canónica relaciona el miedo que invalida el matrimonio con la *vis compulsiva*, hasta el punto de llegar a considerarse por parte de ciertos autores la locución *vis ac metus* como una hendíadis, con la que se viene a significar una misma cosa: esa particular forma de *vis* que opera a través del miedo¹⁵.

En cuanto al miedo, y para ir concluyendo estas previas aproximaciones terminológicas, hemos visto cómo nuestro Código habla de “intimidación”, a la que contraponen la violencia. En este

¹⁴ Entre otros: DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato. Madrid 1993, pp. 160-161; y BOSCH CAPDEVILA, E., *Causas de invalidez del contrato en Derecho europeo de los contratos*. Barcelona 2012, pp. 489 ss.

¹⁵ DOSSETI, *La violenza nel matrimonio in Diritto canonico*. Milano 1943, p. 99.

caso, y aunque tampoco pueda hablarse de identificación total, sí parece que el significado último de ambos términos se encuentra íntimamente conectado. Pues, en efecto, cuando se intimida a una persona, o se la coacciona, o se la amenaza, se hace con el objetivo de infundirle un temor, un miedo, y ello con el propósito último de orientar su voluntad en un determinado sentido. La intimidación consiste en inspirar a alguien un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente, siendo bajo este prisma la causa, de la que el miedo sería su consecuencia¹⁶.

Finalmente, para ser considerado causa de invalidez del negocio jurídico, el miedo habrá de revestir una serie de requisitos, que vienen recogidos en el citado art. 1267, párrafo 2º, de nuestro C.c. A saber, debe tratarse de un temor “racional”, “fundado”, de sufrir un mal “grave”, quedando por lo demás expresamente excluido expresamente el “temor reverencial”¹⁷. Similarmente, el actual canon 1103 del CIC exige como requisito esencial del miedo la gravedad y su procedencia de una fuerza externa, *ab extrínseco* (se excluyen los que son productos de la imaginación o sugestión del sujeto)¹⁸. Y en

¹⁶ Como explica DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La amenaza en el Derecho contractual europeo” cit., p. 8, nuestro Código vigente y sus propuestas de reforma, al igual que el francés, acusan la influencia en este punto del derecho romano, pues se hace depender la apreciación del vicio basado en amenaza/intimidación de la constatación del miedo en la parte contratante que lo sufre.

¹⁷ Art. 1267, par. 4º: «El temor de desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto no anulará el contrato».

¹⁸ Hasta su reforma en 1983, el anterior canon 1087 solo contemplaba el “miedo directo”, esto es, el que tenía su origen en una acción positiva de otro sujeto, dirigida a arrancar el consentimiento para el matrimonio. El actual canon 1103 ha suprimido tal exigencia a través de la expresión «*etiam haud consulto incussum*», que indica el explícito reconocimiento del miedo indirecto, lo cual es una consecuencia de haberse eliminado también en la nueva redacción la

cuanto al miedo reverencial, aunque el legislador no aluda expresamente al mismo, es sin embargo el más apreciado por vía doctrinal y jurisprudencial en el ámbito canónico como circunstancia invalidante del matrimonio, por su dilatada tradición histórica¹⁹.

1. Efecto jurídico de la *vis ac metus* en la experiencia negocial romana. Ideas generales

En línea de principio, como acabamos de exponer, los ordenamientos jurídicos deben prescindir de todo el proceso interno que acompaña la formación y manifestación de la voluntad, es decir, de las motivaciones que rodean todo el proceso volitivo y que llevan a una persona a consentir en un determinado negocio jurídico. Pero

referencia a la "injusticia" (*iniuste incussum*) que rezaba en el anterior canon 1087, centrándose ahora en la subjetividad del *patiens*: no interesa el motivo por el que se infunde en el sujeto ese miedo, sino el efecto que el mismo ha producido en la formación interna de su voluntad. A propósito, PELLEGRINO, P. "La '*vis et metus*'" cit., pp. 528 ss.; y FUENTES CALERO, A., "El matrimonio contraído por miedo" cit., pp. 660 ss.

¹⁹ Se da este tipo de miedo preferente, pero no exclusivamente, en el ámbito de las relaciones de familiaridad, cobrando especial fuerza a la hora de apreciarlo la subjetivización del *metum patiens* a la que antes hacíamos referencia. Las más de las veces el *metus reverentialis* se infiere bajo la forma de la amenaza implícita, a la que sigue, como explica MARTÍNEZ BLANCO, A., "Matrimonio viciado por miedo" cit., pp. 276 ss., «...la sospecha razonable de la indignación del superior. Si el miedo procedente de la *sospecha* está fundado sobre datos externos incontrovertiblemente ciertos, podría en cierto modo entenderse que el mismo procede *ab extrínseco*...». A propósito de esta forma de miedo, *vid.* también ALVÁREZ CORTINA, A.C., "Temor reverencial", en *Diccionario General de Derecho Canónico*. DGDC 7 (2012) pp. 542-544; y AZNAR GIL, F., *Derecho matrimonial canónico 2*cit., pp. 292 ss.

excepcionalmente -también lo hemos visto-, otorgan al sujeto la posibilidad de anular con carácter retroactivo los efectos del contrato, concluido bajo un temor grave de sufrir un determinado mal. Son casos, en efecto, en que las presiones o coacciones bajo las que se actúa son de tal entidad que, sin anularla -pues no hablamos de terror, sino de miedo-, han mermado o alterado sensiblemente la voluntad: no es que el sujeto actúe “con miedo”, es que actúa “por miedo”.

Veamos ahora ver cómo fueron tratados y en qué medida considerados por el ordenamiento jurídico romano estos supuestos, ¿qué respuestas, medios o remedios se arbitraron, en su caso, para proteger al sujeto? Para ello, retomaremos la distinción entre *vis absoluta* y *vis relativa* que, aun acuñada por los canonistas medievales, encuentra su apoyo textual en las fuentes romanas, y resulta básica para ayudarnos a plantear correctamente la cuestión.

Para comprender la posible consecuencia que el ordenamiento jurídico romano otorgaba a la *vis ac metus*, como posibles “anormalidades” que viciaban el negocio jurídico, hemos de partir antes que nada de una premisa fundamental. Y es que aquel ordenamiento no diferenció nunca nítidamente entre nulidad y anulabilidad; es más, para el *ius civile* romano, el negocio sólo podía ser válido o nulo, sin que cupieran al menos en el plano teórico situaciones intermedias²⁰. A partir de aquí, podemos interpretar correctamente la suerte de “*regula iuris*” que, a propósito de los negocios concluidos por *vis* o fuerza, enuncia el jurista Marciano, y

²⁰ Así, ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico* cit., pp. 39 ss.

que se recoge en un fragmento ubicado en el título “*Ad legem Iuliam de vi publica*”²¹. Es la siguiente:

D. 48.6.5 *pr.* (Marc.14 *Instit.*): ...*quive per vim sibi aliquem obligaverit: nam eam obligationem lex rescindit.*

Tratando el jurista de acotar el ámbito de aplicación de la ley, equipara el caso del que mediante el uso de la fuerza hace que otro se obligue con él, al de aquéllos que hubieren provocado un incendio o encerrado a un hombre, o impedido que fuere sepultado, que menciona justo antes²², en el sentido que todos ellos -asevera- quedarían sujetos a las sanciones legalmente previstas. Pero lo que a nosotros nos interesa es el inciso final: *nam enim obligationem lex rescindit*, lo que viene a significar que los actos realizados mediante el uso de la fuerza se consideraban nulos de pleno derecho²³. Utilizando terminología moderna, la *vis* era por tanto causa de nulidad *ipso iure* del negocio, en el sentido de considerarse el mismo como inexistente por falta de un elemento esencial, en este caso el consentimiento.

Por otro lado, hemos de traer a colación también una célebre máxima, extraída de un texto del jurista Paulo recogido en la *sedes materiae* del edicto *de metus*, a la que se le ha dado tradicionalmente

²¹ Sobre el efecto de la *vis* en el ámbito negocial romano, *vid.* particularmente: CASTELLO, “*Il regime della violenza nei negozi giuridici*”, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 14 (1939) pp. 279 ss.; y LABRUNA, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*. Napoli 1971, pp. 13 ss.

²² D. 48.6.5 *pr.*: *qui coetu, concursu, turba, sedicione incendium fecerit, quique hominem dolo malo incluserit, obsederit; quive fecerit, quominus sepeliatur, quo magis funus diripiatur, distrahatur...*

²³ Sobre los negocios concluidos por fuerza, *vid.* entre otros, SCAPINI, N., “*Violenza (diritto romano)*”, en *NNDI* 20 (1975) pp. 939-941; y BALZARINI, M., “*Violenza (dir. rom.)*”, en *ED* 46 (1993) pp. 830-843.

un alcance posiblemente más amplio del que tuvo en la decisión originaria del jurista. Es la siguiente:

D. 4.2.21.5 (Paul. 11 *ad ed.*): *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

Si coaccionado por miedo, explica el jurista en el primer tramo del texto (*Si metu...volui*), adí una herencia, opino que me hago heredero, pues aun cuando no hubiera querido adirla si hubiera tenido libertad, al adirla, aun violentado, he consentido. De aquí extrajeron los comentaristas medievales la máxima *voluntas etiam coacta tamen voluntas est*, a la que dieron un alcance general, entendiendo que en derecho romano (al menos para los juristas clásicos) el negocio realizado por miedo era -en aplicación de tal máxima- perfectamente válido. El fundamento incluso se ha querido localizar en la filosofía estoica, que entendía que el hecho de temer era de estóolidos, y que éstos no merecían protección, pues siempre está la facultad de elegir²⁴. A ellos se opondría, siguiendo tal corriente, la impasibilidad del sabio, ese que no se deja influenciar o llevar por estímulos externos²⁵.

De aquí se derivaría también la consecuente validez con carácter general de los matrimonios contraídos por miedo, que sin ambages reconoce Celso en el siguiente fragmento²⁶:

²⁴ Sen., *de tranq.anim.* 5.4: *Vt cumque ergo se res publica dabit, ut cumque fortuna permittet, ita aut explicabimus nos aut contrahemus, utique mouebimus nec alligati metu torpebimus.*

²⁵ A propósito, *vid.* ALVÁREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico* cit., p. 71 nt. 146; y DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*. Madrid 1971, p. 137;

²⁶ A propósito, ROBLEDA, O., "Matrimonio inexistente o nulo en Derecho

D. 23.2.22 (Cels. 15 *digest.*): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.*

Frente a esto y para paliar la rigidez del *ius civile*, el pretor otorgará a aquél que hubiere realizado un negocio jurídico bajo amenaza o coacción, determinados “remedios” dirigidos a impedir que el negocio desplegara sus efectos normales. Se trataba, como veremos enseguida al analizar el edicto relativo, bien de borrar los efectos del negocio reponiendo la situación a su estado anterior (*in integrum restitutio*), bien de obstaculizar su eficacia paralizando la acción de cumplimiento ejercitada frente al perjudicado (*exceptio metus causa*), bien de obtener la reparación patrimonial del daño sufrido (*actio quod metus causa*). Así pues, y siguiendo a URSICINIO ALVAREZ, en lugar de la distinción moderna entre nulidad y anulabilidad, nos encontramos en derecho clásico con la diferenciación entre “nulidad civil *ipso iure* directa” y “refutabilidad o impugnabilidad pretoria *ope exceptionis*, indirecta”, diferencia que se desdibujará en derecho justiniano como consecuencia de la fusión entre el *ius civile* y el *ius honorarium*²⁷.

2. El edicto de *metus*

El *edicto de metus*, cuyo contenido conocemos principalmente a través de los comentarios del jurista Ulpiano recogidos en D.4.2,

romano” en *Studi in memoria di Guido Donatutti* 3 (1973) pp. 1146 ss.; y MARTÍNEZ BLANCO, A., “Matrimonio viciado por miedo” cit., p. 235.

²⁷ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *op. cit.*, p. 40.

*quod metus causam gestum erit*²⁸, y que encuentra su primera formulación (la única que conocemos) por parte del pretor Octavio hacia el 79 ó 78 a.C.²⁹, tenía como objetivo anular los efectos de las apropiaciones *pervim aut metum auferre*, obligando a la restitución de los bienes. Reza así el fragmento con el que el jurista inicia su comentario:

D. 4.2.1 pr. (Ulp. 11 ad ed.): *Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo'. olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

Centrándonos en la fórmula que encabezaba el edicto: '*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*', y volviendo a la idea recién expuesta en cuanto a la validez *iure civilis* de los negocios

²⁸ En un fragmento de Ulpiano ubicado en D. 50.16.19, *sub titulo "De verborum significatione"*, y que se considera posiblemente desplazado de la que fuera en origen su *sedes materiae* (el edicto que comentamos), el jurista alude a la opinión de Labeón en relación al término *gestum*, para señalar su diferencia con *actum* y *contractum*. A saber: con *gestum* se aludiría a los actos *sine verbis*, es decir, sin palabras; *actum*, por su parte, englobaría así los negocios *verbis* (estipulación) como *re* (mutuo); mientras que *contrahere*, que los griegos llaman *synálagma*, se referiría -siempre según Labeón- a los negocios que generan obligaciones recíprocas (compraventa, arrendamiento, sociedad). Para la problemática colocación del texto y las diversas cuestiones aparejadas, cfr. D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'", en *AHDE* 51 (1981) pp. 247 ss.; y PARICIO SERRANO, J., "Una historia del contrato en la jurisprudencia romana", en *Seminario en homenaje a Raimundo Santoro. Università degli Studi di Palermo* (2010) pp. 87 ss.

²⁹ La duda sobre quién pueda ser el autor de la fórmula se resuelve en una sola disyuntiva: o bien fue Cn. Octavius, pretor en el año 79 a.C., o bien L. Octavius, quien fuera procónsul en Cilicia en el 74 a.C. A propósito de la fórmula octaviana, particularmente: BALZARINI, M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*. Padova 1969, pp. 143 ss.; LABRUNA, L., *Vim fieri veto* cit., pp. 14 ss.; y CALORE, E., *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*. Milano 2011, pp. 125 ss.

concluidos por miedo, vemos en efecto cómo se habla *expressis verbis* de invalidez (*ratum non habeo*) *iure praetorio*. Y que el pretor tenía por no válido el negocio así celebrado significa, como líneas atrás apuntábamos, que otorgaba al perjudicado determinados remedios para impedir que el mismo desplegara sus efectos³⁰. En primer lugar, como explica el jurista Paulo comentando el caso del que coaccionado repudió una herencia, el perjudicado tenía a su disposición el recurso a la *in integrum restitutio ob metum*³¹, remedio con que se perseguía anular los efectos del negocio concluido por miedo, volviendo las cosas a su status inicial, y que se hacía valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción rescisoria con fórmula ficticia, real o personal, según los casos:

D. 4.2.21.6 (Paul. 11 *ad ed.*): *Si coactus hereditatem repudiam, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa prestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.*

³⁰ Sobre el alcance de la fórmula, ALVÁREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico* cit., pp. 73 ss.

³¹ A propósito de este remedio pretorio: CERVENCA, G., *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*. Milano 1965; y FABRINI, F., "Per la storia della 'restitutio in integrum'", en *LABEO* 13 (1967) pp. 200-230. Para su conexión con el *edicto de metus*, *vid.* particularmente D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'" cit., pp. 223 ss., en revisión crítica a la tesis de KUPISCH, B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im Klassischen römischen Recht*. Heidelberg 1974, para quien la *in integrum restitutio* no sería más que la misma acción penal al cuádruplo ordenada por el juez, que en su opinión -contraria a la comúnmente aceptada por la doctrina- se fundamentaba en la fórmula del edicto "*ratum non habeo*". En un momento posterior -siempre según la opinión de K.- y para facilitar la restitución frente a terceros no coaccionantes, el pretor habría introducido una *vindicatio utilis*. Como algo secundario en relación a la acción penal, ve también la *vindicatio utilis* CERVENCA (*cit.*), aduciendo un rescripto de Gordiano referido, no obstante -aclara D'ORS (*op. cit.* p. 230 nt 19)-, a la recepción posterior (*postquam*) de tal remedio en la jurisdicción cognitoria. A propósito, *vid.* *infra* nt. 33.

Como decimos, en el caso comentado se otorgaba al perjudicado la facultad de ejercitar la *actio utilis* como si fuese heredero, o recurrir a la *actio metus causa*, con la que buscaría dejar sin efecto el acto de repudio, recuperando el *statu quo ante*. Que éste era el objetivo del edicto que se comenta se desprende, por lo demás, del tenor literal que al mismo le atribuye el jurista Ulpiano en §9.7, testimonio que se tiene generalmente por válido entre la doctrina:

D. 4.2.9.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur, et de dolo, sicut dictum est, repromittatur, ne forte deterior res sit facta...*

En segundo lugar, y como consecuencia o efecto de la *in integrum restitutio*, y fundamentalmente para los casos de actos no consumados (*negotio imperfectum*), el pretor otorgaba una *exceptio* que la víctima podía oponer a la acción de cumplimiento ejercitada frente a ella, evitando así el detrimento patrimonial³²:

D. 4.2.9.3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed quod Praetor ait, «ratum se non habiturum», quaetenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus interoenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere, in imperfectum autem solam exceptionem...*

Es decir, en caso de *negotio perfectum* tenían cabida tanto la acción como la excepción, pero en caso de *negotio imperfectum*, siguiendo el

³² A propósito de la relación entre la *exceptio metu* y la *exceptio doli*, nos informa Casio, referido por Ulpiano, en D. 44.4.4.33, que ésta tenía un significado más general, de donde se colige que la primera era un remedio subsidiario, frente a otros más específicos como la excepción por miedo.

parecer de Pomponio que Ulpiano comparte, sólo podía tener lugar la excepción³³, dirigida a obstaculizar procesalmente la eficacia del negocio.

En tercer lugar, el jurista Ulpiano nos habla de la *actio de metus* penal con condena al cuádruplo del valor de la cosa, muy posiblemente introducida en un edicto posterior al edicto *ratum non habeo*, que se nos ha conservado³⁴, ejercitable contra el que se negase a restituir (...*non statim, sed si res non restituatur...*), fuese o no el autor de la coacción. Incluía además una cláusula arbitraria, en virtud de la cual se le facultaba a eludir la pena (no la acción) si

³³ La parte final del fragmento, en la que se alude a la posibilidad de ejercitar la acción también en los negocios imperfectos, ha sido considerada acertadamente como un glosema postclásico: ... *Ex qua Constitutione colligitur, ut sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio, et exceptio detur*. En este sentido, aclara D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'" cit., pp. 250 ss. que lejos de contradecir la opinión -por otro lado, irrefutable- de Pomponio, el discurso de Ulpiano se conecta al rescripto de Caracalla, dado en el caso de los munícipes de la Campania, quienes habían arrancado violentamente una *pollicitatio* del solicitante del mismo (posiblemente un ciudadano rico). Habiéndose limitado el emperador a responder muy rutinariamente que debía solicitar la *in integrum restitutio* del pretor, y hecho lo cual, el pretor -aconsejado por el propio Ulpiano- habría respondido que lo único que podía decretarse era una *exceptio*, y que para ello debía esperar que los Campanos exigieran el cumplimiento de la *pollicitatio* ante la jurisdicción cognitoria del cónsul, pues ante él sólo cabía la acción penal al cuádruplo, también desaconsejada a falta de objeto cuadruplicable. A partir de ahí, concluye D'Ors, «Sólo un glosador post clásico quiso deducir de esa cita del caso de los *Campani* y concretamente del rescripto, que una acción podía darse en caso de negocio imperfecto» (p. 252).

³⁴ Advierte con acierto D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'" cit., pp. 233 y 262 ss., que no es posible que la pena al cuádruplo de la que nos habla Ulpiano (fr. 14.1) hubiere sido introducida con el giro negativo contenido en el edicto conservado, *ratum non habeo*, que sólo podía enunciar los recursos habituales de toda *in integrum restitutio*: la *exceptio* y la acción rescisoria con fórmula ficticia. Por lo que, siguiendo la orientación mayoritaria entre la doctrina, baraja la hipótesis de otro edicto especial que hubiera anunciado la acción penal. *Vid. supra* nt. 30.

restituía el objeto en el plazo de un año; pasado este tiempo, sólo se tenía derecho a exigir el valor exacto de la cosa (*simplum*):

D. 4.2.14.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne, quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo Praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non Semper, sed causa cognita.*

§3. *In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metus fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim...nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.*

Se trataba, como se explica en este último párrafo, de una *actio in rem scripta*, ejercitable no sólo frente al adquirente que coaccionó, sino también frente a adquirentes o subadquirentes posteriores no coaccionantes; en definitiva, frente a quien tuviera la *facultas restituendi*, limitándose el demandante exclusivamente a probar que sufrió coacción, aunque no fuese por culpa del demandado. En otras palabras, la acción se ejercitaba frente a todo aquél que hubiere obtenido lucro del negocio jurídico realizado bajo coacción, y en todo caso contra el coaccionante que llegó a adquirir, pues aun si después se hubiera despojado del objeto, su obligación se habría perpetuado (*perpetuatio obligationis*), como similarmente ocurría con la *condictio ex causa furtiva* ejercitable frente al *fur* que hubiera dejado de poseer:

D. 4.2.9.8 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Quum autem hace actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restituí vellit, quod metus causa factum est...*

En caso de ser varios los demandados, una vez restituida la cosa por parte de uno de ellos, voluntariamente o en cumplimiento de la sentencia (en este caso con condena al cuádruplo), se extinguía la acción penal frente al resto:

D. 4.2.14.15 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Secundum haec, si plures metum adhibuerint, et unus fuerit conventus, siquidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt. Sed etsi id non fecerit, sed ex sententiam quadruplum restituerit, verius est etiam sic perimi adversus ceteros metus causa actionem.*

En suma, la víctima del acto coaccionado tenía a su favor dentro del primer año la triple protección que le otorgaba la *in integrum restitutio*, la *exceptio metus*, y la acción penal al cuádruplo (*actio quod metus causa*). De no ser rescindible el acto, se entiende que sólo habría lugar a la acción penal³⁵. Por lo demás, la acción al *simplum* tenía carácter subsidiario en relación a los demás recursos:

D. 4.2.14.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur; et sane quum per metum facta iniuria anno, et quidem utili, exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat ...*

Profundicemos a continuación en otros diversos aspectos relacionados con la cláusula edictal que comentamos.

2.1. *Vis ac metus*. Delimitación edictal

Volviendo al testimonio del jurista Severino (§1 *pr.*), el edicto *de metus* que conocemos: *quod metus causa gestum erit ratum non habeo*, habría ido precedido por otro redactado con la fórmula *quod vi*

³⁵ Casos *ad ex.* del derribo de un edificio o de una manumisión, contemplados por Ulpiano en D. 4.2.9.2, quien a su vez se remite al parecer favorable de Pomponio.

metusve causa, muy posiblemente identificable esta segunda con la mentada fórmula octaviana, que fue simplificada en un momento que el jurista no precisa. Recordemos el texto:

D. 4.2.1 *pr.* (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo'. olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

La conjunción de los términos *vis et metus* en la primera fórmula (*formula Octaviana*), es confirmada por dos testimonios de Cicerón, los únicos por lo demás que aluden de manera directa a su contenido. El primero, en sus *Verrinas* (2.3.65.152), donde nos trae noticia de cómo el propretor de Sicilia, Lucio Metelo, habría negado la aplicación de la fórmula octaviana solicitada por el senador G. Galo contra Apronio, hombre vinculado a Verres, *quos per vim et metum abstulisset*, para no prejuzgar la causa principal abierta contra este último. Y el segundo, en una carta a su hermano Quinto, donde le relata cómo C. Octavio habría obligado a los *Sullani homines* (partidarios de Sila) *quae per vim aut metum abstulerant reddere*³⁶.

³⁶ Cic. *Verr.* 2.3.65.152-3: *...postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia. Non impetrat, cum hoc diceret Metellus, praeiudicium se de capite C. Verris, per hoc iudicium nolle fieri...* Cic., *Ad Quint. frat.* 1.1.21: *Adiungenta etiam est facilitas in audiendo, lenitas in discernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia. His rebus nuper Cn. Octavius iucundissimus fuit, apud quem primus lictor quievit, tacuit, accensus, quotiens voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis Lenis videretur, nisi hace lenitas illam severitatem tueretur. Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere.*

Antes de proceder al examen de las razones que habrían motivado la simplificación de la fórmula originaria en los términos referidos, nos detenemos en el significado que para aquellos juristas tenían ambos vocablos. Retomando el discurso de Ulpiano, con “*vis*” se venía a expresar la necesidad impuesta contra la voluntad (*impositam contrariam voluntati*), y con “*metus*” la turbación de la mente (*trepidatio mentis*), a causa de un peligro inminente o futuro. Pero después -advierte a renglón seguido el propio jurista- se suprimió la mención a la *vis*, por entenderse que lo que se hace por fuerza atroz se hace también por miedo: *quia vi atroci fit, metu fieri videtur*. Veamos por separado el significado de ambos vocablos:

Comenzando por *vis*, que aquellos juristas conectaban el vocablo con la idea de fuerza física se confirma, sin ir más lejos, en la definición que nos ofrece Paulo en el fragmento colocado inmediatamente después:

D. 4.2.2 (Paul. 1 *sentent.*): *Vis autem est maioris rei ímpetus, qui repelli non potest.*

La fuerza consiste, explica el jurista, en el ímpetu de una cosa mayor que no se puede repeler. Es claro que es la fuerza material o física la que Paulo está definiendo; volviendo a una terminología ya vista, se trataría de la *vis absoluta* o *ablativa*, que se contrapone a la *vis compulsiva*, o *vis moral*, entendida esta segunda como coacción o intimidación que infunde en el sujeto temor o miedo. Y en esta dirección apunta desde luego el verbo que el jurista emplea, *repellere*, conectado indefectiblemente a la idea de un previo ataque o agresión, que se trata de neutralizar. A fuer de lo expuesto, se trata del mismo verbo que se contiene en el conocido apotegma *vim vi*

repellere licet, en que se concentra la justificación del uso de la fuerza (física, por supuesto) en legítima defensa³⁷. *A fortiori*, el mismo Ulpiano contrapone *expressis verbis* en el fragmento sucesivo la *vis* al *metus*, queriendo así indicar que son cosas distintas:

D. 4.2.3 *pr.* (Ulp. 11 ad ed.): *Continet igitur haec clausula et vim, et metum; et, si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc Edictum restituitur.*

En cuanto a las razones que habrían llevado a la supresión del término *vis* de la fórmula del edicto, para entenderlas hay que estar antes que nada al complejo momento socio-político que atravesaba Roma en tiempos de la creación de la primera fórmula, y que habría justificado su redacción en aquellos precisos términos (*quod vi metusve causa*). Sabido es que la dictadura de Sila y sus famosas proscripciones habían sembrado la ciudad de un clima de terror y enorme inseguridad: «sangre en el foro (...), rebaños de verdugos deambulando por la ciudad, y miles de ciudadanos romanos masacrados en un solo lugar» (Sen., *Prov.* 3.7.)³⁸ Nos encontramos muy posiblemente ante uno de los momentos más convulsos de la historia de Roma, que precisará de la adopción de una serie de medidas legislativas tendentes a revertir o paliar en cierta medida la

³⁷ Al estudio de esta causa de justificación del comportamiento y a sus primeras manifestaciones en la experiencia jurídica romana, he dedicado el siguiente trabajo monográfico: DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La legítima defensa en el Derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*. Madrid 2011; particularmente, pueden tomarse como referencia para la cuestión actual, las consideraciones a propósito a la terminología empleada en las fuentes, recogidas en pp. 69 ss.

³⁸ Sen., *Prov.* 3.7: ... *quod Sullae dictatori solus aliquid negavit et reuocatus tantum non retro cessit et longius fugit? 'Viderint' inquit 'isti quos Romae deprehendit felicitas tua: uideant largum in foro sanguinem et supra Seruilianum lacum (id enim proscriptionis Sullanae spoliarium est) senatorum capita et passim uagantis per urbem percussorum greges et multa milia ciuium Romanorum uno loco post fidem, immo per ipsam fidem trucidata; uideant ista qui exulare non possunt.*

situación. En este contexto debemos situar, de un lado, la *Lex Cornelia de repetundis* (a. 81 a.C.), una de las tantas dadas en los últimos tiempos de la República para luchar contra las distintas formas de corrupción política, y cuyo objetivo habría sido la restitución de los bienes que los partidarios del dictador habían obtenido a golpe de amenazas y violencia³⁹. Y de otro, la *Lex Plautia de vi* (a. 78 a.C.)⁴⁰, promulgada con el objetivo específico de reprimir

³⁹ Existen empero sustanciales discrepancias doctrinales a la hora de delimitar la relación entre ambos remedios procesales. Según autores como BALZARINI, M., *Ricerche in tema di danno violento* cit., p. 148, o VACCA, L., *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*. Milano 1972, pp. 108 ss., la fórmula octaviana habría sido un remedio complementario de la *quaestio de repetundis*, a intentar por el perjudicado sólo en los casos en que esta última no pudiera ejercitarse. Frente a esto, D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del '*metus*'" cit., pp. 226 s., niega la posible conexión entre la legislación *de repetundis* y el edicto *de metus*, pues ello supondría -arguye- reducir excesiva e injustificadamente el ámbito de aplicación del edicto, ya que las citadas leyes se circunscribían de manera exclusiva a las exacciones de los magistrados, y no parece que el edicto hubiera tenido tal restricción. Posición intermedia es la adoptada por GONZÁLEZ ROMANILLOS, J.A., "El remedio civil como medio de control de la corrupción política. 'Formula Octaviana' y '*crimen repetundarum*'", en *Foro, Nueva Época* 00/2004, pp. 393 ss., retomando una teoría ya avanzada por VENTURINI, C., "*Notte in materia di concussionem e di actio metus*", en *IURA* 45 (1994). Observa con acierto Glz. Romanillos, que aunque deban relacionarse necesariamente los contenidos de ambos remedios procesales, la acción privada habría tenido un más amplio campo de aplicación que el *iudicium repetundarum*, pues podía ser ejercitada no solo frente a los no magistrados (excluidos del *iudicium publicum*) sino también frente a los magistrados romanos, aunque su principal objetivo habría sido -aclara- ampliar la protección que la *Lex Cornelia de repetundis* otorgaba a los ciudadanos de las provincias, principales víctimas de las expoliaciones, al poder ejercitarse la acción frente a las extorsiones de todos aquellos que gozaban de una posición privilegiada en las provincias, independientemente de que fueran o no magistrados. A propósito de la citada ley pública, *vid.* también BELLO, S.-ZAMORA, J.L., "*Crimen repetundarum. Status quaestionis*", en *Revista General de Derecho Romano. IUSTEL* 21 (2013).

⁴⁰ Se considera mayoritariamente que la ley había sido propuesta por el tribuno Plaucio, a iniciativa de Lutacio Cátulo, aristócrata del partido de Sila y cónsul en aquel año junto a Lépido, con el objetivo de reprimir los actos

los actos violentos, instituyendo a tales efectos la correspondiente *quaestio*. En este contexto, es bastante probable que la fórmula octaviana hubiera surgido como remedio complementario a las citadas leyes, obligando de un lado a la restitución de los bienes expoliados por los secuaces de Sila; y de otro, y en el mismo sentido, coadyuvando a tal reintegro patrimonial de los sujetos víctimas de violencia, al castigara quien tratara de retener los bienes obtenidos directa o indirectamente, a consecuencia de alguno de estos actos violentos. De tal suerte que los perjudicados tenían a su favor la doble protección que otorgaban las *quaestiones* penales y la acción privada del edicto pretorio.

Pasados estos primeros momentos de grave agitación social, es entendible también la supresión en el tenor literal de la cláusula del edicto *de metus*, de la expresa referencia a la *vis* de la originaria fórmula octaviana, pues para su represión ya se habían ido arbitrando otras medidas más eficaces y específicas⁴¹. En la redacción del edicto definitivo se le da por tanto mayor relevancia jurídica al *metus*, pero sin que se pretenda excluir su aplicación a los supuestos de *vis* física⁴². Y de ahí que Ulpiano justificase la supresión del

violentos en aquellos cruentos tiempos. Sobre la misma particularmente VACCA, L., “*Ricerche sulla rapina in diritto romano. L’editto di Luculo e la Lex Plautia*”, en *Studi economico-giuridici* 45 (Cagliari 1965-1968) pp. 546-560.

⁴¹ Nos referimos particularmente la *actio vi bonorum raptorum*, introducida en su edicto del año 76 por el pretor peregrino Marco Terencio Lúculo, y cuyo objetivo era reprimir los daños procedentes de actos de pura violencia física, por lo que ya no habría tenido mucho sentido mantener tal referencia en el edicto *de metus*. Además de la sucesiva legislación para la represión pública de la *vis*: *Lex Pompeia de vi* del a. 52 a.C.; y *Leges Iulia de vi publica e privata*. Vid. SAIZ LÓPEZ, V., “La represión de la ‘vis’ en época republicana”, en *Anales de la Universidad de Alicante* 7 (1992) pp. 197 ss.

⁴² Propone VENTURINI, C., “*Metus*”, en *Derecho romano de obligaciones*:

término *visen* el fragmento en examen arguyendo que tales supuestos quedaban en todo caso comprendidos en la noción de miedo: *quia vi atroci fit, metu fieri videtur*. Pues en efecto, el *metus* está presente en todo tipo de *vis*, ya sea física ya sea moral. Pero esto no supone que se hubieren equipado en ningún momento ambos conceptos, pues el miedo puede provenir de fuerza física o de una coacción o amenaza verbal: todo lo que se hace por fuerza se hace también por miedo, pero no todo lo que se hace por miedo proviene de una fuerza física⁴³.

homenaje al profesor José Luis Murga Gener. Paricio Serrano, F. J. coord. (Madrid 1994) pp. 921 ss., un acercamiento entre el significado de ambos vocablos, mediante la introducción en el edicto de la partícula enclítica “*ve*”. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como observa FUENTES CALERO, A., “El matrimonio contraído por miedo” cit., p. 671, comentando el canon 1103 del *CrIC*, la partícula “*vel*” no tiene en estos casos ni significado disyuntivo (*aut*) ni copulativo (*et*), sino que viene a indicar «...violencia que actúa por medio del miedo, o miedo que procede de la violencia...».

⁴³ Podemos acordar con D’ORS, A., “El comentario de Ulpiano a los edictos del ‘*metus*’” cit., p. 237, cuando afirma que *vis metusve* son el anverso y el reverso del acto coaccionado, por cuanto la *vis* -argumenta- es la que se ejerce sobre el sujeto, y el *metus* el efecto que la misma produce (en términos similares se expresaba VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma 1987, p. 183, cuando calificaba la *vis* y el *metus*, respectivamente, como el momento activo y pasivo del acto coaccionado). Decimos que podríamos acordar con tal teoría a condición, eso sí, de que admitamos paralelamente que en la mente de aquellos juristas el miedo podía tener su origen en causa distinta de la fuerza, pues por fuerza entendían solo la física. Y la misma objeción o puntualización cabe hacerse a mi juicio a la tesis sostenida por KASER, M., “*Zur in integrum restitutio besonders wegen metus und dolus*”, en *SZ* (1977) pp. 117 ss., a la que D’ORS se remite, o por autores más recientes como CALORE, E., *Actio quod metus causa* cit., pp. 11 ss., según la cual *vis et metus* son dos aspectos de un mismo tipo complejo, en que la *vis* representa la causa implícita en el *metus*. Mención aparte merece la tesis sostenida por MASCHI, C., *Il Diritto romano I*. Milano 1966, pp. 642 ss., que pretende un significado nítidamente separado para ambos vocablos: de un lado *vis* como sinónimo de fuerza física o *vis absoluta*, y de otro *metus* que aludiría de manera exclusiva a la *vis compulsiva*.

2.2. Requisitos del *metus* a efectos edictales

Para que el miedo tuviere relevancia a efectos edictales, debía tener una cierta entidad y reunir una serie de requisitos. Recordemos que Ulpiano definía el miedo como la conmoción de ánimo (*trepidatiomentis*) por causa de un peligro presente o futuro:

D. 4.2.1 pr. (Ulp. 11 ad ed.): *Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo'. olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

Confluyen por tanto en el miedo dos elementos: uno objetivo, representado por esa coacción, normalmente bajo la forma de amenaza de un mal inminente, que viene de fuera, que es externa al sujeto; y otro subjetivo, que se materializa en esa perturbación de ánimo que tal amenaza provoca en el mismo, y que le lleva a realizar un determinado acto, con consecuencias jurídicas. Es decir, consiste el miedo en una conmoción de ánimo originada en una amenaza. La persona, como líneas atrás apuntaba, no es que actúe con miedo, es que actúa por miedo, existiendo así entre ambos aspectos, objetivo y subjetivo, una correlación de causa y efecto. El sujeto que sufre la amenaza se ve obligado a decidir, si realizar el negocio jurídico para el que se le está coaccionando y evitar así sufrir el daño o, por el contrario, negarse a consentir y sufrirlo. Y este dilema se resolverá lógicamente en el primer sentido toda vez que los efectos del negocio jurídico, aun cuando no queridos

voluntariamente, sean menos perjudiciales que el daño que amenaza.

Analicemos detenidamente los requisitos básicos que el miedo debía reunir para tener consecuencias a efectos de aplicación del edicto:

a) Debía tratarse, en primer lugar, de un peligro inminente o futuro: *instantis vel futuri periculi*⁴⁴. En esta idea insiste el mismo Ulpiano, trayendo a colación la opinión de Pomponio que comparte, en §9 *pr.*, cuando excluye del ámbito de protección del edicto las simples sospechas de un daño que se pueda infundir:

D. 4.2.9 *pr.* (Ulp. 11 *ad ed.*): *Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius. Et ita pomponius libro vicésimo scribit; ait enim metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo...*

Es decir, debía tratarse de una amenaza de un mal presente o futuro, pero no de la simple sospecha de un peligro que se podía o no verificar en un futuro incierto. Dicho de otra forma, la amenaza debía ser actual, aunque el mal que amenazaba fuese futuro, y no derivar de la propia imaginación o sugestión del sujeto, sino haber sido provocada por un agente externo, *ab extrínseco*. Se habla en efecto de miedo *illatum*, es decir, infligido, que es distinto del *metus a suspicione*, que queda excluido del ámbito de protección pretorio⁴⁵. A

⁴⁴ Como bien observa CALORE, E., *Actio quod metus causa* cit., pp. 112 s., este inciso debe ponerse en conexión con la exigencia de que el mal sea grave -a la que a continuación nos referiremos-, en la medida en que el temor será mayor cuanto más cerca se sienta la ejecución de la amenaza.

⁴⁵ Siguiendo a MARTÍNEZ BLANCO, A., "Matrimonio viciado por miedo" cit., pp. 251 ss., debe distinguirse el miedo a un mal futuro, del *metus* basado en la sospecha, pues en el primero la amenaza es presente, aunque el mal sea futuro, y por ello es un miedo *ab extrínseco*, en tanto que en el caso del *metus*

fuer de lo expuesto, un poco más adelante, en el mismo fragmento, Ulpiano da igualmente por válida la opinión de Labeón, excluyendo tanto la aplicación del edicto como la del interdicto *quod vi aut clam*, en el caso de aquél que, habiendo oído que se acercaban unos individuos armados a su fundo, lo abandonó por temor, pues -razona- *non videor vi deiectus*. Distinto hubiera sido -apostilla- si marchó después de haber entrado los individuos armados⁴⁶.

Tampoco se tenían por válidas las meras figuraciones respecto de lo que pudiera pensar otra persona. A ello se refiere explícitamente el jurista Paulo en el siguiente fragmento:

D. 4.2.21 pr. (Paul. 11 *ad ed.*): *Si mulier contra patronum suum ingrata facta sciens se ingratam, quum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat Edictum,, quia hunc sibi metum ipsa infert.*

Un caso particular es el contemplado por Pedio, jurista adrianeo⁴⁷ del que solo tenemos conocimiento por algunas referencias de Paulo

a suspicione no existe en el momento presente violencia o coacción.

⁴⁶ El texto debe ponerse en conexión con D. 43.16.5 (Ulp. 11 *ad ed.*), en que el mismo Pomponio contempla un supuesto similar de transmisión de la posesión por invasión del fundo: *Si rerum tibi possessionem rem tradidero, dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare, quoniam non est vi deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere*. En tal caso -se argumenta-, no tendría cabida el interdicto *unde vi* al no existir propiamente *deiectio*, pero sí acción edictal rescisoria, por enajenación *metus causa*.

⁴⁷ Teoría en cuanto a la datación del jurista, sostenida entre otros autores por PARICIO SERRANO, J., "Una historia del contrato en la jurisprudencia romana" cit., pp. 104 ss., y que también a nosotros nos parece más probable que aquella otra, aun de mucho seguimiento entre la doctrina, que lo sitúa en la segunda mitad del. I d.C. Pues en efecto, y siguiendo al citado autor, no parece comprensible que, a excepción de Paulo y Ulpiano, hubiera pasado desapercibido para el resto de los juristas contemporáneos, el autor de un edicto pre-adrianeo. Parece más lógico pensar, siguiendo a Paricio, que los comentarios *ad Edictum* que del mismo conservamos, se referían al edicto

y Ulpiano. Se trata del miedo a la infamia, que Pedio descarta *expressis verbis* del ámbito de protección del edicto:

D. 4.2.7 pr. (Ulp. 11 ad ed.): *Nec timorem infamiae hoc Edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc Edictum restituit. Proinde, si meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non restituitur, quoniam neque vi, neque metus causa factum est.*

Como es sabido, la declaración de infamia suponía para el ciudadano romano la pérdida de su dignidad social o su reputación; una suerte de “excomuni3n civil”, como ha sido calificada por algunos autores⁴⁸, que conllevaba severas limitaciones tanto en el 3mbito p3blico como en el privado. Sin embargo, el miedo a la infamia, o las vejaciones, carecía de consideraci3n jur3dica para los juristas romanos, seg3n se afirma en el texto en examen. Y ello porque, tal como se deduce de la referencia en la segunda parte del mismo al *meticulosus*, que se introduce con la partícula ilativa o conclusiva “proinde”, tal miedo era equiparado al temor imaginario del pusilánime a cosas imaginarias o sin importancia (*res nulla*). En definitiva, esas que hoy calificaríamos de coacciones psicológicas, de amenazas a la reputaci3n e incluso integridad moral de la persona, quedaban fuera de la acci3n de restituci3n, al ser consideradas como miedos o temores imaginarios *neque vi neque metus factum*⁴⁹.

mandado codificar por Adriano.

⁴⁸ Así LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*. Granada 1997, p. 105. Sobre el *timor infamia*, vid. CALORE, E., *Actio quod metus causa* cit., pp. 100 ss. Sobre la infamia en general, CAMACHO DE LOS RIOS, F., *La infamia en el Derecho romano*. Alicante 1997.

⁴⁹ Como advierte MARTÍNEZ BLANCO, A., “Matrimonio viciado por miedo” cit., pp. 244 s., en la actual doctrina y jurisprudencia canónica sí se toma eventualmente en consideraci3n el “*metus infamare*”, aun siendo un *metus ab intrinseco*, siempre que se materialice en hechos externos, como por ejemplo

b) En segundo lugar, y en cuanto a la entidad de este temor, que sería el segundo requisito básico exigido, el edicto no protegía a aquél que actuaba bajo cualquier tipo de miedo, *quemlibet timorem*⁵⁰, sino que debía de tratarse, en palabras de Labeón que Ulpiano comparte, de miedo a un mal mayor: *maioris malitatis*⁵¹. En definitiva, de un miedo grave:

D. 4.2.5 (Ulp 11 *ad ed.*): *Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.*

El patrón utilizado para medir esta gravedad, que debe entenderse referida tanto al peligro que amenaza como correlativamente al miedo que se infunde, era el del *homo constantissimus*⁵², tal como se expone en el fragmento colocado a continuación, extraído de los comentarios al edicto del jurista Gayo:

D. 4.2.6 (Gai. 4 *ad ed.*): *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.*

Es decir, el edicto no contemplaba el miedo que pudiera sufrir un hombre apocado, sino el que con razón pudiera experimentar el hombre serenísimo: el *homo constans*, quien es aquél capaz de

en caso de constante divulgación de intimidades por parte del *metus incutiens*.

⁵⁰ Similarmente, Calístrato excluye la *restitutio in integrum* acordada por el pretor para los mayores de 25 años por quebrantos patrimoniales en su ausencia, en caso de haber estado motivada la misma en un *supervacuo timorem*: D. 4.6.2,1 (Cal. 12 *ad ed.*): *Hoc autem capite adiuvantur in primis hi, qui metus causa abfuissent, scilicet si non supervacuo timore deterriti abfuissent.*

⁵¹ El término "*malitatis*" es, como explica D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del '*metus*'" cit., p. 238 nt. 38, un hápax de Labeón, lo que abogaría por la sustancial genuinidad de la doctrina expuesta en el mismo.

⁵² A propósito del patrón del *homo constantissimus*, particularmente CALORE, E., *Actio quod metus causa* cit., pp. 110 ss.

discernir con serenidad lo que debe o no debe hacer ante una determinada situación. Se trata pues de una forma rígida y objetiva de valoración de la gravedad, que parece prescindir de los concretos condicionantes subjetivos, tales como la edad, el sexo o cualquiera otra circunstancia, que podrían influir en que el sujeto pudiera tener una menor capacidad reactiva ante la amenaza⁵³.

Ejemplo paradigmático de *metus* grave era para los juristas romanos el temor a la muerte o a los tormentos físicos, *timor mortis vel cruciatus corporis*⁵⁴, siendo las referencias al mismo tan numerosas, que algunos autores se han inclinado a pensar que tal expresión hubo de figurar, con toda probabilidad, en el tenor literal del edicto⁵⁵. Aunque no será sin embargo el único caso contemplado por los juristas. Un caso interesante es el planteado en D. 4.2.8.2, y es el de aquél que por miedo a ser estuprado (*timor stupri*) se obligó en algo, pues -argumenta el jurista Paulo- "*quum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet*". También se menciona en las fuentes como ejemplo de miedo relevante a efectos edictales, el *timor servitutis* o temor a ser reducido a la esclavitud (D. 4.2.5). Fuera quedaban, sin embargo, esos otros tipos de miedo, considerados por

⁵³ Sobre la evolución en la doctrina y jurisprudencia canonística a partir sobre todo del s. XVII, hacia una valoración más subjetiva de la gravedad del miedo, *vid.* el documentado estudio de MARTÍNEZ BLANCO, A., "Matrimonio viciado por miedo" *cit.*, pp. 257 ss., con amplias referencias bibliográficas.

⁵⁴ *Vid.* particularmente CASTELLO, C., "*Timor mortis vel cruciatus corporis*", en AG 121 (1939) pp. 195 ss.

⁵⁵ Así, *ad exemplo*: en D. 4.2.3.1 *i.f.*, en que habla Ulpiano de *mortis aut verberatio terrore*; o D. 4.2.7.1 y D. 4.2.8 *pr.* (textos estos últimos de los que a continuación nos ocuparemos).

ellos de menor intensidad, como el miedo a la infamia, a la vejación, o cualquiera otra cosa sin importancia, *res nulla* (D. 4.2.7.pr.).

Por lo demás, y para ser apreciada, no se exigía que la amenaza se dirigiera contra la propia persona, pudiendo ir referida igualmente a sus hijos, pues como el mismo Paulo explicaba, “*pro affectu parentes magis in liberis terreauntur*” (D. 4.2.8.3)⁵⁶.

3. Un ejemplo particular: el caso del sorprendido en adulterio

Nos ocupamos en este último apartado de un caso particular, en que según algunos juristas (Pomponio, Paulo y Ulpiano), podía tener lugar la protección edictal ante el negocio *metus causa gestum*. Comenzamos por la noticia que nos llega del tantas veces referido libro 11 de los comentarios de Ulpiano al edicto, en que el jurista apela expresamente a la opinión favorable de Pomponio. Es el siguiente:

D. 4.2.7.1 (Ulp. 11 ad ed.): *Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio, vel dedit aliquid, vel se obligavit, Pomponius libro vicesimo octavo recte scribit, posse eum ad hoc Edictum pertinere; timuit enim vel mortem, vel vincula, quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat; sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. Sed etsi, ne prodatur ab eo, qui deprehenderit, alienaverit, succurri et per hoc Edictum videtur, quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati, quae diximus.*

⁵⁶ No hay base textual, como bien advierte DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La amenaza en el Derecho contractual europeo” cit., p. 35, para extender la lista a otros sujetos no mencionados expresamente por el jurista, tales como el cónyuge u otras personas unidas al coaccionado por vínculos de amor o amistad.

En el *principium* del mismo fragmento -ya examinado-, el jurista excluía como se recordará la aplicación del edicto en los supuestos de *metus infamia*, *metus vexationem* y, en definitiva, en todos los casos de miedo imaginario sin importancia (*res nulla*), que solo afectaban al *meticulosus*. De ahí que en el párrafo que ahora analizamos, vuelva a utilizar la partícula conclusiva *proinde*, con la que viene a introducir esos otros supuestos que, como consecuencia de la recta interpretación del *metus* relevante a efectos edictales, sí quedarían contemplados en el ámbito de protección del mismo. Se trata en concreto de los casos, comienza explicando, de aquéllos que, habiendo sido sorprendidos en hurto, adulterio u otro delito, se obligaron frente a otro. Pues siguiendo el parecer de Pomponio (que por cierto comparte), se obligaron *timor mortis vel vincula*, y aunque no siempre -prosigue la argumentación- sea lícito matar a todo adúltero o ladrón, en este caso último caso no, salvo que se defendiera con armas, pudieron ser muertos aun sin derecho, y por eso habría sido justo su miedo. Pues también, añade, si para que no fuese delatado por el que lo hubiera sorprendido, hubiere enajenado alguna cosa, se entiende que también es socorrido por este edicto, porque si hubiere sido delatado, habría podido sufrir eso que hemos dicho.

Antes de entrar a examinar en más profundidad las hipótesis referidas en el texto, conviene recordar que el propósito originario del edicto que comentamos, ya desde su primera formulación, fue el de reparar el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de actos de apropiación realizados injustamente, bajo fuerza o

amenaza. Y en la misma dirección apuntan todos los ejemplos que los distintos juristas nos ofrecen, en que podía tener lugar la protección edictal. Entre otros, y por citar los más representativos: el que bajo coacción manumite a un esclavo (D. 4.2.9.2); el que por miedo reconoce un pago que no ha recibido mediante *acceptilatio*, liberando tanto al deudor como al fiador (D. 4.2.9.3 y D. 4.2.10.1); el que por miedo aceptó o repudió una herencia (D. 4.2.21.5 y 6); y entre los actos de extorsión llevados a cabo por los funcionarios públicos, podemos citar el ya comentado caso contra los munícipes de la Campania que nos recuerda el mismo jurista Ulpiano en D. 4.2.9.3⁵⁷. Se trataba siempre y en todo caso, de violentar o infundir un temor injustificado a alguien, para extraer un beneficio económico orientando su voluntad en una determinada dirección. Con los casos del ladrón y el adúltero referidos en el fragmento en examen se produce, por decirlo de alguna forma, una suerte de giro inesperado dentro de esta corriente interpretativa, que además de sorprender, deja abiertos varios interrogantes, que vamos a tratar de exponer de forma ordenada. El primero y fundamental sería, frente a quién se está protegiendo tanto al *fur* como al *in adulterio deprehensus*, y el segundo, el fundamento o fin último de tal protección. En el fragmento colocado inmediatamente después, que se extrae del comentario relativo de Paulo (D. 4.2.8 *pr.*), se pone en boca del jurista una argumentación o justificación general que no resuelve la duda: *et Praetor non respicit an adulter sit qui dedit, sed hoc*

⁵⁷ A propósito, D'ORS, A., "El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'" cit., pp. 249 ss. *Vid. supra* nt. 32.

solum quod hic accepit metu mortis illato (sobre el texto volveremos más adelante).

Nos centramos ya en el testimonio de Ulpiano en el referido fragmento de D. 4.2.7.1. Para una mayor claridad expositiva, vamos a dividir el texto en dos partes, pues *prima facie* son dos hipótesis distintas las que el jurista plantea. A saber: en la primera parte, desde el inicio, “*Proinde si quis in furto...*”, hasta “*...iustus fuerit metus*”, contempla el caso de aquél que, habiendo sido sorprendido en hurto, adulterio u otro delito, realiza un determinado negocio por miedo a ser muerto, aun de forma injusta. En la segunda, desde “*Sed etsi, ne prodatur...*”, hasta el final, “*...quae diximus*”, se añade como variante el actuar por miedo a ser delatado por aquél por quien hubiera sido sorprendido, entendiendo que también en este caso estaría justificado su miedo: *quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus*.

Volviendo a los interrogantes recién apuntados, la primera cuestión a despejar es de quién podría venir la coacción o amenaza que impulsó al *fur* o al adúltero a obligarse a la fuerza. El texto habla *litteris verbis* del que fue sorprendido (*deprehensus*), lo que nos sitúa directamente, comenzando por el caso del robo, ante hipótesis de *furtum manifestum*. Como es sabido, ya desde las XII Tablas se permitía dar muerte inmediatamente al ladrón, si el robo había tenido lugar de noche (*fur nocturnus*), o si se defendía con armas tratándose de *fur diurnus* (*si se telo defendat*)⁵⁸, aunque en todo caso se exigía que se diera constancia de la situación mediante voces: *endo*

⁵⁸ *Gai* 3.184 y 185.

*plorare*⁵⁹. Se trataba de hipótesis cualificadas de *furtum manifestum*, en que entraba en juego el apotegma *vim vi repellere licet*, fundamento histórico de la legítima defensa, en el sentido de que se consideraba que la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima ante la nocturnidad o el ataque armado, justificaba tal respuesta defensiva⁶⁰. Un poco más adelante, en el fragmento en examen, el propio Ulpiano se refiere efectivamente al caso del *fur qui se telo defendat*, como hipótesis de *occisio* justificada. Pero debemos descartar por razones de pura lógica y sentido común, una eventual tendencia coaccionante por parte del sujeto que ve amenazados de tal manera sus intereses más legítimos; *in primis* la vida. Y paralelamente y visto de otra forma, hemos de descartar por las mismas razones que el edicto hubiera incluido en su ámbito de protección, al sujeto activo de tales hipótesis cualificadas de hurto. Por lo que, en todo caso, debemos optar por una interpretación restrictiva de los casos en que efectivamente el *fur* podía quedar bajo el amparo de la protección pretoria. En concreto, hemos de circunscribirla, y por exclusión, a los casos de *fur manifestum* no cualificados, en que -como es sabido- ya desde las XII Tablas se había puesto a disposición del perjudicado una suerte de *manus iniectio*, que consistía en llevarlo esposado ante el magistrado, para que éste decretase la *addictio* a su favor, severidad sancionatoria ésta que se irá progresivamente atenuando, para dar paso a compensaciones o reparaciones pecuniarias⁶¹. Bajo este prisma, el

⁵⁹ D. 9.2.4 *pr.*-1 (*Gai. 7 ad ed.*).

⁶⁰ Ampliamente sobre la cuestión, DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La legítima defensa* cit., pp. 102 ss.

⁶¹ Aul. Gell., NA 11.18.8 y *Gai* 3.184-189. Por todo, entre otros, *vid.* HÚVELIN,

texto se mostraría *prima facie* acorde con la tendencia atestiguada en otras fuentes, consistente en intensificar las sanciones al que diera muerte-o, podemos entender también, amenaza de muerte- al *servus-latronem*, fuera de las mentadas hipótesis cualificadas, en el sentido de que en uno y otro caso se trataría de favorecer o fomentar la *delatio*, frente a una posible respuesta arbitraria por parte del que lo hubiera sorprendido en flagrancia de delito. A fuer de lo expuesto, asevera el mismo Ulpiano en un fragmento que se recoge en el título relativo a la *Lex Aquilia* (D. 9.2.5 *pr.*) que, si pudiendo prender al esclavo al ladrón, se prefirió darle muerte, se entenderá que se hizo injustamente, quedando el sujeto sometido también a las sanciones de la *Lex Cornelia*⁶². Pero creemos que sólo aparentemente ambas hipótesis podrían conectarse bajo este prisma, pues sabemos que la razón última del edicto *de metus* era proteger a la “víctima” del acto coaccionado, y tratar al reo del delito de hurto como víctima, como sugiere el fragmento de Ulpiano en examen, se aparta considerablemente del fundamento de la solución dada en el mentado D. 9.2.5 *pr.*, que no era otra que evitar la vuelta al *talisqualis* en la represión penal.

P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. Paris 1925; reimpr. Paris 1968; ARANGIO-RUIZ, V., “La répression du vol flagrant e non flagrant dans l’ancien droit romain”, en *Al Qanoun wal iqtisad* 2 (1932) pp. 109 ss.; PUGSLEY, D., “Furtum in the XII Tables”, en *The Irish Jurist* 4 (1969) pp. 149 ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*. Málaga 1988, p. 53; y BALZARINI, M., “Il furto manifesto tra pena publica e privata”, en *ACOP* 5 (1992) pp. 49 ss.

⁶² La sanción para los casos de *fur nec manifestum* era siempre y solo económica: concretamente al *duplum* o al *tripulum*, en caso de *fur conceptum* u *oblatum*.

En lo que respecta al caso del *in adulterio deprehensus*, tampoco podemos estar seguros de quién o quiénes hubieran podido ser, en este caso, posibles sujetos coaccionantes, pues la falta de especificidad del texto en este punto, deja totalmente abierta la cuestión. Teniendo en cuenta que se trata de delitos que se desarrollan en un ambiente estrictamente privado, y que se habla *expresiss verbis* de *deprehendere*, es decir, sorprender, lo que deja fuera las meras sospechas o suposiciones en torno a una posible infidelidad conyugal, lo normal es pensar en personas del círculo familiar más íntimo. *In primis*, el padre o el marido, quienes -como es sabido- estaban *ab antiquo* facultados para dar muerte impunemente a los adúlteros. Más precisamente, las fuentes nos traen noticia de una *lex* atribuida a Rómulo, que ya permitía al padre dar muerte a la hija sorprendida en adulterio, inmediatamente (Dion. de Hal.2.25.6)⁶³. Y por las mismas fuentes, también sabemos que el adulterio era uno de los tres supuestos, junto con la ingestión de bebidas alcohólicas y abortivas, que facultaban (más bien obligaban) al marido a repudiar a la mujer⁶⁴. Tiempo después, la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* del a. 18 a.C., convirtió en crimen público una conducta hasta entonces reprimida dentro del ámbito doméstico, instituyendo una *quaestio* específica para conocer de los procesos por adulterio, en la que estaba prevista una *accusatio* privilegiada a favor del marido y del *pater*, además de

⁶³ Del testimonio de Catón el Viejo, recogido por Aulo Gellio (NA 10.23.5), se desprende que también el marido estaba facultado *ab antiquo* para dar muerte impunemente a la mujer sorprendida en adulterio. A propósito, RIZELLI, G., “‘Stuprum’ e ‘adulterium’ nella cultura augustea e la ‘Lex Iulia de adulteriis’”, en *BIDR* 29 (1987) pp. 370 ss.

⁶⁴ Plut., *Rom.* 22.3.

disciplinarse la *occisio* de los adúlteros⁶⁵. Con el emperador Constantino se llega, como también es sabido, al culmen de esta política represiva, sancionándose por primera vez el adulterio con la pena capital⁶⁶.

El propósito de la legislación augustea era preservar la dignidad del vínculo conyugal,⁶⁷ y por ello la propia ley preveía duras sanciones para el marido que tratara de ocultar el hecho, o que de alguna manera intentara hacer ganancia con el adulterio de

⁶⁵ La *Lex Iulia de adulteris coercendis*, del año 18 d.C. disciplinó la facultad del *pater* de dar muerte a la hija adúltera, hasta entonces ejercida de forma indiscriminada o arbitraria, fijando los presupuestos necesarios para que el homicidio quedase impune. Como es conocido: que fuera sorprendida en flagrante delito en su casa o en la del yerno; que le diese muerte por su propia mano junto al cómplice (*uno ictu e uno impetu*); y, además, en ese preciso momento, *in continenti* (Coll. 4.2.3; y D. 48.2.22-23 y 24). Al marido, en cambio, sólo se le permitía matar al correo, no a la mujer, y siempre que los hubiera sorprendido en su propia casa, y fuese el mismo de baja condición. La razón la expone el jurista Papiniano en D. 48.5.23.4: *ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: certerum mariti calor et impetus facile decernentos fuit refrenandus*.

A propósito, *vid.* entre otros: THOMAS, J.A., "Lex Iulia de adulteriis coercendiis", en *Études Macqueron* (Aix-en-Provence 1970) pp. 638 ss.; CANTARELLA, E., "Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano", en *Studi Scherillo* 1 (Milano 1972) pp. 253 ss.; RIZZELLI, G. "Alcuni aspetti dell'acusa privilegiata in materia di adulterio", en *BIDR* 89 (1986) pp. 411 ss.; *Id.*, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium lenocinium, stuprum*. Lecce 1997; PANERO ORIA, P., *Ius occidendi e ius accusandi en la Lex Iulia de adulteris coercendis*. Valencia 2001; y TORRENT, A., "Derecho penal matrimonial romano y 'poena capitis' en la represión del *adulterium*", en *RIDROM* 17 (2016) pp. 269 ss.

⁶⁶ C. 9.9.29.1

⁶⁷ La *Lex Iulia de adulteriis* se inserta en el contexto de una más amplia política legislativa de Augusto, dirigida a preservar la dignidad del vínculo matrimonial y a favorecer o fomentar las uniones legítimas, que se inicia con la *Lex de maritandis ordinibus* (aprobada meses antes). Esta ley limitaba la capacidad para adquirir por testamento de *caelibes, orbi* y *pater solitarius*, al tiempo que vetaba las *iustas nuptias* con ciertos tipos de mujeres (*feminae probosae*).

su mujer. Concretamente, en un fragmento extraído de sus comentarios a la ley (D. 48.5.29 *pr.*), explica el mismo Ulpiano que se castigaba como lenocida al marido no-repudiante (condición necesaria para ejercitar la correspondiente *accusatio*)⁶⁸, que dejaba además ir al adúltero (...*adulterum in domo deprehensum dimiserit...*), salvo que pudiera demostrar su ignorancia, es decir, que desconocía la situación, *ipsa turpitudine*⁶⁹. También -añade el jurista a continuación- se castigaba como lenocida, al que obtenía alguna cosa a cambio del adulterio de su mujer, aunque solo lo hubiera consentido por una vez⁷⁰. Pero la doctrina que se deduce de todos estos fragmentos, se muestra *prima facie* diametralmente opuesta con la orientación jurisprudencial en materia *de metus*, consistente en considerar que, bajo el abrigo del edicto, podían comprenderse los intereses económicos del adúltero, que podía a través de este medio obtener la restitución de lo que entregó coaccionado. Tampoco aquí se comprende, como ocurría con el caso recién comentado del *fur manifestus*, esta preocupación por defender al adúltero, cuando en el fondo la tendencia en este último caso consistió precisamente en intensificar las sanciones impuestas al mismo. Y, en todo caso, entiendo que la *auto-delatio* que implicaba la solicitud de una *in integrum restitutio*, habría hecho prácticamente inoperante en la práctica el recurso a este remedio pretorio.

⁶⁸ Sobre la imposibilidad de ejercitar la *accusatio iure mariti vel patris* constante el matrimonio, RIZELLI, G., *Lex Iulia de adulteriis* cit., pp. 67 ss.

⁶⁹ Sobre el fragmento en cuestión y la problemática de la *dimissio*, ampliamente RIZELLI, G., *op. supra cit.*, pp. 126 ss.

⁷⁰ D. 48.5.29 3-4 (Ulp. 6 *de adult.*).

En la segunda parte del fragmento de Ulpiano en examen se extendía la protección edictal, lo recordamos, al sorprendido en algunos de los mismos delitos, que se obligó por miedo a “ser delatado” pues, se argumenta en la parte final: *si proditus esset potuerit ea pati quae diximus*. Con “*quae diximus*” se refería el jurista al *timor mortis vel vincula*, al que aludía líneas atrás⁷¹. Esta sentencia final no hace sino incrementar las dudas que suscita la lectura del fragmento, pues sabemos que, en lo que respecta al *fur*, y fuera de los casos agravados de *furtum manifestum*, la sanción era ya en aquel tiempo solo y siempre económica. E igual cabe afirmar en relación a los adúlteros a partir de la comentada *Lex Iulia*, que disciplinó el ejercicio del *ius occidendi*, limitándolo al *pater* y más restrictivamente al marido, que hubieran sorprendido a los adúlteros en ciertas circunstancias; no será hasta Constantino cuando el adulterio se sancionará con la pena capital⁷². El *potuerit ea pati quae diximus* del texto solo puede tener sentido, por tanto, en relación a una política represiva posterior a la fuente de la que supuestamente se extrae la noticia, y que en todo caso se limitaría al adúltero. Por otro lado, ni siquiera consta que en este caso que se comenta en esta segunda parte del texto hubiere existido una amenaza expresa, por lo que podríamos entender que el sujeto actuó por simple temor a ser delatado, y como ya vimos en su momento oportuno, del edicto se excluían precisa y expresamente las meras figuraciones o sugerencias internas del sujeto.

⁷¹ De la factura postclásica de esta referencia al *vinculum* no parece haber duda. A propósito, D’ORS, A., “El comentario de Ulpiano a los edictos del ‘*metus*’” cit., p. 240 nt. 41.

⁷² *PS* 2.26.14.

Inmediatamente después, los compiladores insertan erradamente un texto atribuido al jurista Paulo, por pensar quizá que trataba de una variante distinta (pues *litteris verbis* se habla de *stuprum compertum*), cuando en realidad trata del mismo caso de adulterio. Es el siguiente:

D. 4.2.8 pr. (Paul. 11 ad ed.): *Itsi quidem et in legem Iuliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt. Praetor tamen etiam ut restituant intervenire debet; nam et gestum est malo more, et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato.*

Comienza el jurista explicando que en la *Lex Iulia* se castigaba a aquél *qui pretium pro comperto stupro accipere* y que, por tal razón, también debía intervenir en este caso el pretor para que se restituyese lo que se dio, pues se hizo *malo more*. El texto debe ponerse en conexión con un fragmento de Ulpiano, colocado en la *sedes materiae* del adulterio, en que se contempla la misma hipótesis, aclarándose que la sanción de la ley augustea recaía, indistintamente, sobre el marido o sobre cualquier otro que hubiera recibido algo en tales circunstancias:

D. 48.5.29.2 (Ulp. 6 de adult.): *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit. Nec interest, utrum maritus sit, an alius quilibet; quicumque enim ob conscientiam stupri acceperit aliquid, poenam erit plectendus. Ceterum si gratia quis remisit, ad legem non pertinet.*

La lectura contrastada de estos pasajes permite deducir que ambos juristas se habrían referido al caso del adulterio, único supuesto contemplado por lo demás *expressis verbis* en la *Lex Iulia de*

*adulteriis*⁷³; sabida es la promiscuidad con que en el texto de la ley se habrían utilizado a tales efectos los vocablos *adulterium* y *stuprum*⁷⁴. A *fortiori*, una vez planteada la hipótesis del encubrimiento sancionada en la ley augustea, en el texto de Paulo en examen (D. 4.2.8 *pr.*), se alude exclusivamente a tal figura para justificar la concurrencia en tales casos del edicto de *metus*: ... *et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato*. Se trataba de resaltar la operatividad de la cláusula edictal, si mediase acuerdo entre el adúltero y aquél que tratara de obtener una ventaja económica del delito; *in primis* el marido, o

⁷³ Por lo que respecta al *stuprum*, sabemos que a partir de Augusto se configura como un *crimendevispublica* sancionado en la *Lex Iulia de vi*. Cicerón también nos habla de otra *lex de vi* anterior, que algunos autores identifican con la *Lex Plautia* (*pro Cael.* 71). Al mismo tiempo tenemos constancia de una *Lex Scantinia* (mitad s. II a.C.) que reprimía los supuestos de estupro homosexual, imponiendo a su autor una sanción pecuniaria. Finalmente, y aunque se discute, es bastante probable que los casos de estupro consentido (relaciones sexuales ilícitas de la *virgo* o la *vidua*) hubieren entrado por vía de *interpretatio* jurisprudencial (pues no se contemplaron en el texto originario de la ley) en el ámbito represivo de la *Lex Iulia* sobre los adulterios. Por todo, cfr.: D. DALLA, D., 'Ubi Venus mutatur', *Omosessualità e diritto nel mondo romano*. Milano 1987, pp. 122 ss., CANTARELLA, E., "Etica sessuale e diritto. L'omosessualità maschile a Roma", en *RJ* 6 (1987) pp. 270 ss.; y G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit., pp. 171 ss. y 249 ss.; y BOTTA, F., *Per vim inferre. Studi sul stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*. Cagliari 2004, pp. 24 ss. y pp. 81 ss.

⁷⁴ Entre *adulterium* y *stuprum*, aclara G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit., pp. 175 ss., existe una relación de hiponimia, siendo *adulterium* el hipónimo, y *stuprum* el hiperónimo. Así, mientras estupro, de *turpitudō*, se refiere con carácter general a las conductas sexuales reprochables de la mujer, el adulterio describiría exclusivamente las relaciones extramatrimoniales de la mujer casada. Y de aquí que la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* utilice de forma promiscua el vocablo *stuprum* (D. 48,5,6,1 y D. 50,16,101 *pr.*), con referencia, esto es, a la infidelidad conyugal femenina, sin que ello signifique -concluye el autor- que la ley se aplicara también a todos los supuestos de estupro con carácter en general.

(como se afirma en el citado fragmento de D. 48.5.26.2) cualquier otro (*alius quilibet*).

Por otro lado, a diferencia del precedente fragmento de Ulpiano (D. 4.2.7.1), el texto de Paulo no habla de “*deprehendere*”, sino de “*comparire*”, lo que se extiende más allá de los supuestos de flagrancia, para comprender a cualquiera que pudiera haber tenido conocimiento del ilícito, aunque no lo hubiera descubierto⁷⁵. Se trataba en definitiva de perseguir todo intento de composición pecuniaria y, sobre todo, de impedir que el ilícito quedase encubierto y por ende impune, sancionando para ello duramente a *qui pretium pro comperto stupro accipere*. Sin embargo, los compiladores insertan erradamente este fragmento, a continuación del ya visto de Ulpiano que trataba del caso del sorprendido en adulterio, por entender referido el testimonio de Paulo al estupro, como hipótesis diversa. *A fortiori*, en el §2 integran otro texto del mismo jurista, éste sí referido específicamente al que *timor stupri* se obliga a algo, que quedaba bajo el abrigo de la protección edictal pues “*quum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet*”.

Para concluir, y volviendo a una idea ya sugerida en las líneas precedentes, entiendo que ni el tenor ni el espíritu de la ley Iulia sobre los adúlteros se acomoda con la extensión de la protección edictal al reo de tal delito, que proponen los fragmentos en examen, interpretados *ad litteram*. Quedaría por explicar también, sin ánimo de extendernos más, el modo de compatibilizar la reintegración al

⁷⁵ La prohibición de *pacisci de crimine adulterii* es reafirmada en un rescripto de A. Severo contenido en C. 9.9.10. Sobre el particular, RIZZELLI, G., *Lex Iulia de adulteriis* cit., pp. 137 nt. 52.

mismo de lo entregado *metus causa*, con la imposibilidad de ejercitar la *condictio ob turpem causa* en las mismas hipótesis, al igual que se excluía en relaciónal *fur*, como resulta con total nitidez de las fuentes⁷⁶. El objetivo de la protección edictal era, como ya ha sido puesto de relieve a lo largo del trabajo, no el de castigar los actos de fuerza o coacción (para lo que existía legislación específica), sino el posible *lucrum* que el mismo sujeto activo u otro futuro adquirente pudieran extraer del mismo. Pero en los casos que comentamos, y particularmente en el del que coacciona al adúltero a cambio de no delatarlo, entiendo que las durísimas sanciones ya establecidas en la legislación augustea para tal supuesto, habrían hecho en la práctica inoperante la extensión de la tutela edictal, en los términos sugeridos por los fragmentos examinados. Porque, además, y ante todo, la ley no buscaba proteger a quien mantenía una relación con la mujer de otro, sino castigarlos a ambos por deshonar la institución matrimonial, y ello incluía llegado el caso hasta al propio marido, si se avenía o consentía, a cambio de una compensación económica. Acordar la *restitutio in integrum* a favor del adúltero, como sugieren los fragmentos en examen, supondría convertir al reo en víctima, cosa que a todas luces parece excesiva.

Son por tanto muchas las dudas que estos últimos fragmentos plantean, y pocas las respuestas que justifiquen la inserción de unas hipótesis que despegan y contrastan, tanto con el espíritu del edicto

⁷⁶ D. 12.5.3: (Paul. 10 *ad Sab*): *Ubi autem et dantis, et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*; D. 12.5.4 *pr.* (Ulp. 26 *ad ed.*): *idem, si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se; cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt.* § 1. *Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio.*

que se comenta, como con el altísimo grado de reprochabilidad y progresiva tendencia represiva que, particularmente, tuvo el delito de adulterio. Sólo podemos conjeturar con una torpe utilización compilatoria, por un lado, de una opinión de Pomponio, posiblemente sin más trascendencia que la de ejemplificar la interpretación extensiva que podía tener el término *metus*, que en su sentido más lato podría llegar a comprender hasta el que pudieran experimentar el *fur* y el adúltero *deprehensi*. Y, por otro, de una errada inserción como prolongación del discurso, de un texto de Paulo sacado de su *sedes materiae*, para relacionarlo equivocadamente con el §2, que sí trataba del *stuprum*. Por lo demás, ha quedado de sobra probada en estudios *ad hoc*, la libertad con la que los compiladores justinianeos se condujeron a la hora de disponer y distribuir el material que encontraron en relación al edicto *de metus*, procedente en su mayor parte como advertimos de los comentarios al mismo del jurista Ulpiano. Libertad que no sólo se aprecia en la forma, sino también en la exposición de sentencias y doctrinas alejadas del pensamiento clásico originario⁷⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ALVÁREZ CORTINA, A.C., “Temor reverencial”, en *Diccionario General de Derecho Canónico*. DGDC 7 (2012) pp. 542-544.

⁷⁷ La continua confusión entre rescisión y acción penal; entre edicto y fórmula; o la referencia a los *vincula* en el recién examinado fragmento de Ulpiano, serían sólo algunos de los muchos ejemplos que podríamos poner. Por todo, cfr. D’ORS, A., “El comentario de Ulpiano a los edictos del ‘*metus*’” cit., pp. 235 ss.

- ALVÁREZ ROBLES. A., “La seguridad en los negocios jurídicos”, en AA.VV., *Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona* (Barcelona 1959, Madrid 2011) pp. 2025-2078.
- ALVÁREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano*. Madrid 1954.
- ARANGIO-RUIZ, V., “La répression du vol flagrant e non flagrant dans l’ancien droit romain”, en *Al Qanoun wal iqtisad* 2 (1932) pp. 109-135.
- AZNAR GIL, F., *Derecho matrimonial canónico 2. Cánones 1057; 1095-1107*. Salamanca 2015².
- BALZARINI, M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*. Padova 1969.
- ID, “Violenza (dir. rom.)”, en *ED* 46 (1993) pp. 830-843.
- BELLO, S.-ZAMORA, J.L., “Crimen repetundarum. Status quaestionis”, en *Revista General de Derecho Romano. IUSTEL* 21 (2013).
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*. Torino 1943.
- BOSCH CAPDEVILA, *Causas de invalidez del contrato en Derecho europeo de los contratos*. Barcelona 2012.
- BOTTA, F., *Per vim inferre. Studi sul stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*. Cagliari 2004.
- CALORE, E., *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*. Milano 2011.
- CAMACHO DE LOS RIOS, F., *La infamia en el Derecho romano*. Alicante 1997.

CANTARELLA, E., "*Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*", en *Studi Scherillo* 1 (Milano 1972) pp. 243-274.

ID., "*Etica sessuale e diritto. L'omosessualità maschile a Roma*", en *RJ* 6 (1987) pp. 270 ss.

CASTELLO, "*Il regime della violenza nei negozi giuridici*", en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 14 (1939) pp. 279-354.

ID., "*Timor mortis vel cruciatus corporis*", en *AG* 121 (1939) pp. 195-217.

CERVENCA, G., *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*. Milano 1965.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*. Madrid 1971.

DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato. Madrid 1993.

DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*. Madrid 2015.

D'ORS, A., "*El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'*", en *AHDE* 51 (1981) pp. 223-290.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La legítima defensa en el Derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*. Madrid 2011.

DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. "*La amenaza en el Derecho contractual europeo: una reflexión sobre la influencia del Derecho romano clásico en algunos aspectos de su configuración jurídica*", en *Revista General de Derecho Romano. IUSTEL* 35 (2020).

DOSSETI, *La violenza nel matrimonio in Diritto canonico*. Milano 1943.

- FABRINI, F., “*Per la storia della ‘restitutio in integrum’*”, en *LABEO* 13 (1967) pp. 200-230.
- FUENTES CALERO, A., “El matrimonio contraído por miedo (canon 1103): comentario a la respuesta de la Comisión de Intérpretes de 23-IV-1987”, en *Revista Española de Derecho Canónico* 58 (2001), pp. 647-697.
- GHIRARDI, M.-IRIGOYEN LÓPEZ, A., “El matrimonio, El Concilio de Trento e Hispanoamérica”, en *Revista de Indias* 69/246 (2009) pp. 244-245.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J.A., “El remedio civil como medio de control de la corrupción política. ‘Formula Octaviana’ y ‘crimen repetundarum’”, en *Foro, Nueva Época* 00/2004, pp. 391-400.
- HÚVELIN, P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. Paris 1925; reimp. Paris 1968.
- KUPISCH, B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im Klassischen römischen Recht*. Heidelberg 1974.
- LABRUNA, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*. Napoli 1971.
- LA CRUZ VERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid 2000.
- LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*. Granada 1997.
- MARTÍNEZ BLANCO, A., “Matrimonio viciado por miedo”, en *Revista Española de Derecho Canónico* 34 (1978) pp. 229-285.
- MASCHI, C., *Il Diritto romano I*. Milano 1966.

- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*. Málaga 1988.
- OURLIAC-DE MALAFOSSE, *Histoire de droit privé, vol I. Les obligations*. Paris 1969.
- PANERO ORIA, P., *Ius occidendi e ius accusandi en la Lex Iulia de adulteris coercendis*. Valencia 2001.
- PARICIO SERRANO, J., “Una historia del contrato en la jurisprudencia romana”, en *Seminario en homenaje a Raimundo Santoro. Università degli Studi di Palermo* (2010) pp. 72-114.
- PELLEGRINO, P. “La ‘vis et metus’ (can. 1103) nel *Codex iuris Canonici*”, en *Ius Canonicum* 37/74 (1997) pp. 529-558.
- PEÑA GARCÍA, C., *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*. Madrid 2014.
- PUGSLEY, D., “Furtum in the XII Tables”, en *The Irish Jurist* 4 (1969) pp. 139-152.
- RIZZELLI, G., “Alcuni aspetti dell’acusa privilegiata in materia di adulterio”, en *BIDR* 89 (1986) pp. 411-441.
- ID., “‘Stuprum’ e ‘adulterium’ nella cultura augustea e la ‘Lex Iulia de adulteriis’”, en *BIDR* 29 (1987) pp. 355-388.
- ID., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulteriumm lenocinium, stuprum*. Lecce 1997.
- ROBLEDA, O., “Matrimonio inexistente o nulo en Derecho romano”, en *Studi in memoria di Guido Donatutti* 3 (1973) pp. 1131-1155.
- SAIZ LÓPEZ, V., “La represión de la ‘vis’ en época republicana”, en *Anales de la Universidad de Alicante* 7 (1992) pp. 191-209.

SCAPINI, N., “*Violenza (diritto romano)*”, en *NNDI* 20 (1975) pp. 939-941.

THOMAS, J.A., “*Lex Iulia de adulteriis coercendiis*”, en *Études Macqueron* (Aix-en-Provence 1970) pp. 637 ss.

TORRENT, A., “Derecho penal matrimonial romano y ‘*poena capitis*’ en la represión del *adulterium*”, en *RIDROM* 17 (2016) pp. 238-301.

VACCA, L., “*Ricerche sulla rapina in diritto romano. L’editto di Luculo e la Lex Plautia*”, en *Studi economico-giuridici* 45 (Cagliari 1965-1968) pp. 546-560.

ID., *Ricerche in tema di ‘actio vi bonorum raptorum’*. Milano 1972.

VENTURINI, C., “*Metus*”, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Paricio Serrano, F. J. coord. (Madrid 1994) pp. 921-944.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma 1987.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 23/09/2024	Fecha de aceptación: 22/10/2024
Palabras clave: <i>Mater semper certa est, filiación, vientres de alquiler, vientres, maternidad subrogada.</i>	Keywords: <i>Mater semper certa est, filiation, surrogate wombs, wombs, surrogate motherhood.</i>



**LA PERMANENCIA DEL PRINCIPIO “MATER SEMPER CERTA EST”
DESPUÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**THE PERMANENCE OF THE PRINCIPLE “MATER SEMPER CERTA EST”
AFTER ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES**

María Olga Gil García
Universidad de Burgos
Profesora Titular de Universidad
ogil@ubu.es
<https://orcid.org/0009-0009-1848-6225>

(GIL GARCÍA, María Olga. La permanencia del principio “*mater semper certa est*” después de las técnicas de reproducción asistida. RIDROM [on line]. 33-2024. ISSN 1989-1970. pp.181-229. (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>))

Resumen:

Desde que la ciencia permite generar embriones extraútero y su posterior implantación en madres gestantes, se nos plantea si sigue siendo válido el principio recogido en D. 2.4.5 (*Paulus 4 ad ed.*): “*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*” observando la certera reflexión del jurista romano, que hizo descansar la determinación de la filiación en un hecho jurídico cierto e inevitable cual es el parto, el principio sigue y seguirá estando vigente, aunque después de acontecido el alumbramiento existan maneras de variar la filiación del nacido, ya presentes también en derecho romano como por ejemplo con la adopción.

Abstract:

Since science allows the generation of embryos outside the womb and their subsequent implantation in pregnant mothers, we are faced with the question of whether the principle contained in (*Paulus 4 ad ed.*): “*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*” observing the accurate reflection of the Roman jurist, who based the determination of filiation on a certain and inevitable legal fact such as childbirth, the principle continues and will continue to be in force, although after the occurrence of the birth there are ways to vary the filiation of the born, also already present in Roman law, such as with adoption.

Sumario. 1. Importancia de la maternidad en Roma. 2. Planteamiento de la cuestión, del axioma romano a la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. 2.a) Cuando la madre gestante aporta su material genético al feto. 2.a). I.- Madre y padre conocidos. Extensión de la certeza de la filiación al varón con las pruebas de ADN. 2.a). II-Madre conocida y padre donante. 2.b) Cuando no hay material genético de la madre. 2.b) I-Coincide la madre gestante con la madre de intención. 2.b) II-No coincide la madre gestante con la madre de intención. 3. Jurisprudencia del TEDH y especial referencia a la sentencia 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo. 4. Solución romana a los matrimonios que no conseguían tener descendencia. 5. Imposibilidad de la gestación subrogada en derecho romano. 6. Aportaciones críticas desde el derecho romano al derecho vigente. 7. Conclusión: permanencia del principio *mater semper certa est* y actual extensión al varón de la certeza de la filiación. 8. Bibliografía.

1. 1- Importancia de la maternidad en Roma.

En el mundo romano la maternidad estaba muy considerada, existían diferentes divinidades y ritos asociados tanto a la maternidad como a los nacimientos. Juno Lucina era la deidad que, entre otras¹, protegía los embarazos y los partos a la que invocaban las mujeres romanas.

¹ CID LOPEZ, M., Imágenes y prácticas religiosas de la sumisión femenina en la Antigua Roma. El culto de «Juno Lucina» y la fiesta de «Matronalia» *Studia historica. Historia antigua*, N° 25, 2007 (Ejemplar dedicado a:

Tener hijos era una actividad de interés público, con gran componente religioso que incluso llegó a cumplir una función político social. Para una mujer tener hijos era de máxima relevancia social, comportando riesgo de muerte tanto para ellas como para sus futuros hijos. La mortalidad infantil era tan elevada que ascendía a la cuarta parte o más de los recién nacidos quienes no llegaban a cumplir un año de vida, incluso la mitad de ellos no alcanzaban los diez años de edad. La expectativa de vida era de treinta y cinco o cuarenta años de media, las mujeres romanas que llegaban a la edad adulta tenían que dar a luz una media de cinco o seis hijos para que la población no entrara en decadencia. Como advierte CASTÁN es uno de los momentos más graves y peligrosos para una persona en la Roma antigua², el *natus* no solo debía superar los riesgos naturales de un nacimiento arduo, con peligro también para su madre, riesgos derivados del desconocimiento de las más precarias técnicas obstétricas³. Por otro lado, la omnímoda decisión de reconocer o no al nacido o nacidos, el que pudiera ser hijo legítimo o no, es decir, la

Resistencia, sumisión e interiorización de la dependencia), p. 366 señala que otras diosas también vinculadas con esta misma tarea y veneradas en las diferentes fiestas del calendario religioso femenino son *Fortuna Muliebris*, también *Mater Matuta*, honrada en la fiesta de *Matralia*; esta última aparece como protectora de los niños hasta llegar a la edad madura, aunque, en este caso, llama la atención el hecho de que las matronas soliciten la ayuda para sus sobrinos y no para sus hijos.

² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Discapacidad y derecho romano: condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Editorial Reus, 2021. Capítulo 2, p. 5. En el mismo sentido BAYET, Jean. *La Religión Romana: Historia, Política y Psicología*. Ediciones Cristiandad, 1985, p.78-79.

³ SORANOS. *Ginecología*. JHU Press, 1991, médico griego del siglo II d.C. es autor del primer tratado sobre Ginecología conocido. *Sobre las enfermedades de las mujeres*, en el que se recogen con detalle las prácticas al respecto, describiendo los embarazos y partos entre otras materias relacionadas con la salud femenina.

filiación, con el riesgo de no ser admitido en la familia tenía sus consecuencias fácticas y jurídicas.

Ser rechazado por la familia podía aparejar el fatídico efecto de ser sacrificado, *ius vitae ac necis* o abandonado *ius exponendi*, precisamente por estos derechos atribuidos al *pater familias* desde el nacimiento, y durante lo largo de la vida de los hijos que seguían bajo su potestad, incluidos los hijos adoptados y arrogados. Aunque a este respecto se señala por los historiadores, quizá no exentos de razón, que no es el *pater familias* quien deposita al niño en la tierra y luego lo eleva para reconocerlo ante la familia y darle su filiación, sino que parece ser que este ritual paterno no existió y solo fue metafórico porque ningún texto jurídico lo refiere, ni tampoco la epigrafía conocida⁴.

Legalmente solo cuenta el hecho de haber nacido vivo de ciudadanos romanos, hombre y mujer casados en justo matrimonio. El recién nacido queda sometido a la *patria potestas* del *paterfamilias*. Se sostiene que no había ceremonia para las niñas, sobre las que solo se ordenaba que fueran amamantadas. Incluso llegan a determinar el origen del mito que datan en el siglo XIX, cuando se justifica esta

⁴ DASEN, V. *Le sourire d'Omphale. Maternité et petite enfance dans l'Antiquité*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 223-4 La autora refiere textos de historiadores que exceden nuestra óptica jurídica pero que nos demuestran esa verdad histórica, indica concretamente a KÖVES-ZALAUZ, CORBIER, SHAW como autores de referencia desde el punto de vista histórico. En ese mismo sentido CID LOPEZ, R.M. et. al. Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua. *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo: cuidado y mantenimiento de la vida*. Institut Català d' Arqueologia Clàssica Tarragona. 2016. p. 132.

idea en la carencia de textos jurídicos que lo avalen por lo antiguo del culto, de esta premisa dedujeron que era una costumbre; es más, añaden el dato de que al parecer el niño no se le tiene por nacido hasta que se le da nombre, es decir, el día del *iustricus*⁵.

Se cuestiona que sean derechos del *pater*, porque se conoce con detalle quién coloca al bebé en el suelo y luego lo eleva, con fuentes que lo avalan. En este caso textos como el tratado de ginecología de Sorano (*Sorano libro II.5*)⁶ nos indican que es precisamente la *obstetrix* la que decide sobre la salud del recién nacido, sobre si debe o no vivir, ya que es ella la que lo deposita en el suelo antes de cortarle el cordón umbilical y es ella la que lleva a término el gesto fatídico de elevarlo o no, después de someter al nacido a un reconocimiento exhaustivo sobre su viabilidad, con un examen desde la cabeza a los pies⁷. La existencia del *ius exponendi* no es controvertida, aunque en época clásica las noticias sobre este *ius* sean bastante inciertas, pero el hecho de quien asume la iniciativa en este derecho, no parece que en primer término fuera el *paterfamilias*, sino la partera, quien después dará las órdenes de cuidar al retoño, por lo tanto, parece ser que es la *obstetrix* la que tiene el primer

⁵ *Ibidem*, p. 224.

⁶ En el tratado de Sorano libro II. VI.(XXVI) 10. (79) se expresa como la partera después de dejar a la criatura en tierra y revisar si es varón o hembra, tiene la función de reconocer al recién nacido y determinar si vale la pena criarlo, si después de revisarlo, comprobar que llora y que responde a ciertas exploraciones es viable. Es ella la que levanta al niño del suelo, lo recoge y se lo entrega al padre.

⁷ *Ibidem*, p. 224-5.

poder de vida o muerte sobre el recién nacido. Si ella lo estima lo eleva del suelo y le corta el cordón⁸.

En este contexto, la maternidad era un pilar de la sociedad romana, quizá mucho más de lo que es ahora y por tanto socialmente para un matrimonio de ciudadanos romanos resultaba imprescindible tener hijos para sus extensas familias, no tenerlos generaba múltiples problemas por lo que es natural que se buscaran soluciones para estos supuestos de infertilidad tanto femenina como masculina. Es un problema desde antiguo, pero en la sociedad de nuestros días se centra en una esfera más íntima, porque no es la función principal asignada a la mujer. Pero si bien el problema en origen es el mismo, la imposibilidad de tener hijos, las soluciones a estas circunstancias vitales se resuelven de diferentes formas cuando nos referimos a sociedades antiguas o modernas.

2.- Planteamiento de la cuestión, del axioma romano a la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La ciencia y las posibilidades de embarazos por técnicas de reproducción asistida, impensables en el mundo antiguo, hacen que nos cuestionemos la eficiencia de un conocido axioma de Derecho romano, que ha pervivido hasta estos adelantos, el atribuido a Paulo

⁸ En las fuentes no se habla de poner al bebé a los pies del padre *ibidem*, p. 227.

en D.2.4.5: *mater semper certa est*, que se acompaña tradicionalmente de la presunción de paternidad del marido en justas nupcias⁹.

D. 2.4.5 *Paulus 4 ad ed.: "Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant."*

La Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida¹⁰ regula estos supuestos en el ordenamiento jurídico español, en ella se indica, art 5.1, que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Y en el art. 5.3 que la donación nunca tendrá

⁹ DUPLÁ MARIN, M.T., «El principio *Mater semper certa est*, ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias», *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, 2021, pp. 148 y ss. DUPLÁ, T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(22), 289-325. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18134>, p. 303, en el punto en que se refiere a la proyección en el derecho actual (s. XIX y XX): del proyecto de CC. de 1851 hasta la primera ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

Anteriormente este principio se mantiene en la Recepción concretamente en la Partida 6 .13. 11. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 30-33. Y pervive hasta nuestros días.

¹⁰ La primera norma fue la ley 35/1988 de 22 de noviembre una de las primeras en nuestro entorno cultural y geográfico. Esta ley supuso un avance en el momento y ayudó a paliar los efectos de la esterilidad, e incluso se observó la utilidad para otros fines como de diagnóstico e investigación, pero abrió el complicado asunto de qué hacer con los preembriones crioconservados; la ley 45/2003 de 21 de noviembre al menos limitaba el número de ovocitos. Finalmente, estos dos textos son derogados por la citada ley en vigor de 2006.

carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Pero nos preguntamos si estas prácticas dan al traste con el principio de *mater semper certa est*, en términos de filiación, ha dado tanta seguridad jurídica desde Roma hasta nuestros días¹¹.

Lo primero y fundamental, para no desenfocar el problema es cuántos hijos han nacido por el sometimiento de sus progenitores a estos tratamientos. Si atendemos a la población general ciertamente pocos, por tanto, en nuestra opinión el principio es perfectamente válido y actual. Solo con esta observación numérica el principio romano seguiría gozando de muy buena salud y mantendría una aplicación generalizada. No obstante, vamos a revisar los diferentes supuestos que se pueden plantear con estas prácticas de reproducción asistida y en cada caso si se mantiene o no el principio de *mater semper certa est*.

Como condición previa debemos recordar que solo es la mujer mayor de dieciocho años, con plena capacidad de obrar la posible receptora o usuaria de estas técnicas, cuando previamente emite un consentimiento escrito libre y consciente expresando su intención de ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en la ley (artículo 6)

¹¹ Es curioso que la asunción de estos gastos ya estaba prevista en derecho romano(D. 25.6.1.7-8 *Ulpianus 34 ad ed.*) para el caso de que la mujer viuda jure que está embarazada frente al heredero lo que le otorga el derecho a los alimentos que se gastaron para el vientre, si bien es verdad que solo se le pueden reclamar su devolución si mintió.

y ello con independencia de su estado civil¹² u orientación sexual. Así que nos fijamos en la madre gestante y en si aporta o no su información genética para adentrarnos en los posibles casos planteados en la ley.

2.a) Cuando la madre gestante aporta su material genético al feto.

Los casos en los que el principio se mantiene de manera indudable son estos, que serán los dos primeros supuestos que vamos a describir:

2.a.1.- Madre y padre conocidos.

Esta fecundación puede darse en el contexto de una pareja heterosexual que no puede tener hijos de manera natural y que gracias a esta técnica consigue un embarazo con material genético de los dos progenitores, implantado en la propia madre biológica, que son ayudados por estas técnicas a conseguir un embarazo que no se alcanzaba por otros cauces¹³. En este primer caso no se vería afectada la filiación, ni el principio romano de Paulo. La ciencia solo ayuda a lo que la naturaleza no ha procurado, pero adquiriendo la filiación una certeza máxima, más allá de cualquier presunción, al ser

¹² En el mismo artículo 6.3 se indica que si la mujer estuviera casada se precisará además el consentimiento de su marido a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre consciente y formal que el de la mujer.

¹³ En el artículo 7 de la ley de referencia se trata la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida que se regulará por las leyes civiles salvo algunas especificaciones que luego trataremos.

incuestionable la procedencia genética no solo de la madre, sino de ambos progenitores. Pensemos que hasta ahora la madre si que era cierta, salvo simulación de parto, (conducta penada siempre desde la antigüedad romana hasta la actualidad, art. 220 Código Penal) pero el padre podía ser putativo.

Extensión de la certeza de la filiación al varón con las pruebas de ADN.

Las pruebas de ADN dan certeza también a la paternidad y hoy la ciencia nos permite cambiar la formulación del principio de *mater semper certa est* adaptándola al varón, podríamos decir que en esos casos también: *pater semper certus est* al menos cuando se somete a estos exámenes. Como advierte DUPLÁ, el fenómeno ha sufrido un proceso inverso en la presunción de paternidad. La paternidad romana, fruto de los escasos avances de la biomedicina en este campo, estaba bañada de un carácter incierto, del que hoy carece¹⁴.

Incluso, en casos de negativa del varón a hacerse estas pruebas, el derecho procesal advierte que su negativa injustificada en estos procesos sobre filiación de un menor permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que se acompañe de otros indicios sobre esa paternidad (o maternidad) y la prueba no se haya

¹⁴ DUPLA MARIN, M.T., *op. cit.* p. 894. La misma autora DUPLÁ, T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(22), 289-325. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18134>, p. 324.

obtenido por otros medios¹⁵presumiendo que el padre que no se somete a la prueba es porque sabe de forma cierta o muy probable que es el padre del demandante.

Este principio aplicado al varón incluso se extiende más allá de su muerte, puesto que con la reproducción asistida permite que la mujer conciba *postmortem*. El actual art. 9 de la ley concede a la mujer esa posibilidad dentro de los doce meses desde el fallecimiento (en el art. 9.2 de la ley anterior solamente seis) y así llevar a término la fecundación referida, concretamente el artículo 9 titula: respecto a la premoriencia del marido¹⁶, (aunque luego lo amplía a quien no es marido)¹⁷y permite en su punto segundo que el esposo podrá prestar su consentimiento, en un documento referido en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser

¹⁵ Art. 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017, en la que se reitera la necesidad de indicios para someter a alguien a esta práctica.

¹⁶ “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”

¹⁷ 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”

revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido¹⁸.

Esto supone que poder tener un hijo o hijos póstumos depende siempre de la voluntad de la gestante para someterse al tratamiento de fecundación, quien además deberá contar con el consentimiento expreso o tácito del fallecido cuya herencia se verá afectada en este caso. Evidentemente estos supuestos caen fuera del derecho romano que preservaba el patrimonio del padre fallecido hasta el nacimiento de su progenie, pero siempre constante el embarazo de la mujer antes del fallecimiento del padre, mujer que ya tenía a esos póstumos en su seno y no cabía que ella pudiera concebir solo a su instancia.

¹⁸ En derecho catalán existe una previsión similar. Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia Artículo 235-8. La fecundación asistida de la mujer casada. 1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. 2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días, es decir, los doce meses, pero nueve sin prórroga y tres meses más con autorización judicial.

2.a) II.- Madre conocida y padre donante.

Existen otras situaciones en las que se mantiene el material genético de la madre junto a sus propios óvulos, el caso es el de una mujer que acude a un donante para conseguir su embarazo¹⁹. En este caso la madre sigue siendo cierta siguiendo el principio romano y existe toda una normativa que regula la donación de esperma, el registro de donantes, y que vela porque no se obtengan más de seis hijos del mismo donante, concretamente el Real Decreto 413/1996 de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. En este caso y respecto a la madre el principio romano de que la madre siempre es cierta sigue perviviendo. En cuanto al padre es cierto en el sentido de que: o bien es conocido, o bien sabemos que es donante, pudiéndose romper las posibles presunciones con las pruebas de ADN. Se levanta la privacidad del donante cuando el hijo está gravemente enfermo o en peligro de muerte y desvelar la identidad del donante sea la única forma de salvarlo, o bien cuando sea imprescindible en el ámbito de la persecución procesal penal. Si bien es cierto, que en la medida de lo posible se intentará mantener el anonimato.

2. b) Cuando no hay material genético de la madre.

¹⁹ Un ejemplo puede ser el del varón que por la razón que fuere es estéril.

2. b. I.- Coincide la madre gestante con la madre de intención

Otros casos en los que el principio se mantiene, pero son más controvertidos son aquellos en los que la madre gestante no comparte su material genético con la criatura. Un caso similar es la fecundación *in vitro* en la que se utilizan óvulos de donante, con donación de embriones, regulado por la ley 14/2006, que se implantan en una mujer que no comparte su genoma con el feto que va a crecer en su seno. Un caso de este tipo es el embarazo de una pareja de mujeres, en el que una es gestante del embrión obtenido con el óvulo de la otra y espermatozoides de un donante. Donación realizada mediante un contrato gratuito, formal y confidencial realizado entre él o la donante y el centro autorizado de reproducción asistida.

En estos casos, aunque no exista carga genética de la madre en la que se implanta el embrión, para el derecho ésta sigue siendo cierta, en el sentido del aforismo romano y el principio sigue rigiendo para el derecho²⁰. Estas prácticas son legales en España, en estos casos que describimos, la madre gestante coincide con la madre de intención, aunque no tenga su carga genética, pero va a parir a la criatura que es el hecho determinante que da origen al aforismo. La filiación materna del niño nacido así será como en el

²⁰ No nos debe confundir el punto de vista médico, para el que la madre genética será la imprescindible en términos de curación de dolencias que tengan que ver con la herencia genética, pero jurídicamente la mujer que da a luz es la que define la filiación.

texto de Paulo la que quede determinada por el parto y el principio también es de total aplicación. Ejemplos de este tipo son madres que han padecido alguna dolencia que les ha impedido preservar sus óvulos y una vez sanas quieren ser madres lo que logran después de un embarazo con óvulos de donante.

Una realidad que también debemos tener en cuenta es la que se plantea con la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio²¹, que permite contrayentes del mismo sexo, más concretamente el matrimonio de dos mujeres, situación que podría dar lugar a dos madres. Pero incluso en este caso, la gestante será la que define la filiación, puesto que, si seguimos los principios romanos, tanto en ese caso, como en el de casada con varón lo importante es que exista matrimonio y como consecuencia de ello la extensión de la filiación al otro cónyuge no gestante, no tanto su sexo.

2. b) II- No coincide la madre gestante con la madre de intención.

²¹ Cuando se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

Aquí surgen otros casos, son aquellos que dan lugar a la gestación subrogada. En ellos la madre gestante no es la madre de intención, y su embarazo es por encargo, mediando o no prestación en dinero. En estos casos estas técnicas permiten otros supuestos en los que el principio parece tener una aplicación más dudosa: el caso de la gestación por sustitución, o también conocida, usando una sinécdoque: “vientres” de alquiler. *Ventris* palabra que si bien en Derecho romano es usada en diferentes textos para referirse al todo que conforma la mujer embarazada y a su feto, como observamos en las múltiples referencias al *curator ventris*²², es una expresión que quizá pudiera tener sentido en un ordenamiento jurídico de la antigüedad, en el que prima la filiación por varón y el vínculo jurídico existe con el padre, pero que resulta a todas luces impropia, e inconveniente actualmente. Se plantea que se pudiera utilizar una parte de la anatomía de una mujer por el todo, simplificando el embarazo a extremos absurdos, que hacen parecer que adaptar y preparar todo el cuerpo femenino para gestar un embrión, las influencias que recibe el feto de la madre gestante y al revés, durante nueve meses, el llamado apego que culmina con un parto que entraña sus peligros, fuera algo extraño a la propia mujer y solo tuviera que ver con un útero, que nos retrotrae a la idea antigua de concebir a la mujer como una vasija en la que se gesta el retoño, vasija de la que ni siquiera es dueña, el dueño es el varón.

²² Entre otros muchos: D.25.4.3.pr.(*Paul. 17 ad Plaut.*), D. 23.2.67.4 (*Tryph. 9 disp.*), D. 26.5.20.pr. (*Mod. 7 diff.*), D. 26.10.3.11 (*Ulp.35 ad. ed*) etc.

Otros términos, como gestación subrogada, también resultan a nuestro modo de ver incorrectos puesto que entienden la maternidad como un contrato en el que una mujer gestante pudiera subrogarse, pero en qué posición, acreedora ¿deudora de un hijo? Hasta la propia expresión nos resulta inconveniente.

El derecho romano aporta algo de luz al respecto cuando solo el esclavo puede ser objeto de un contrato, porque se considera *res*, la madre gestante en los parámetros y ordenamientos jurídicos actuales no la podemos considerar *res*, es inverosímil que esa mujer sea a la vez sujeto del contrato y una parte de su cuerpo objeto de este, simultáneamente. En esa línea se entiende el ordenamiento jurídico de España, en el que estas prácticas están expresamente prohibidas, según el art 10.2 de la ley 14/2006 lo que revitaliza en nuestro ordenamiento el *mater semper certa est*, cuando se dice expresamente “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto²³. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”

²³ Esta norma se aplica en multitud de Estados de influencia de derecho romano como Francia, Portugal, Italia, Alemania... en algunos de influencia anglosajona como algunos estados de Norte América, Inglaterra; en otros como Canadá, China, Marruecos, Noruega...

Pero pese a lo taxativo de la ley esta queda burlada por sujetos que acuden a madres gestantes en lugares donde si se permite esta práctica²⁴, y nos encontramos *de facto*, con criaturas nacidas por subrogación; menores con derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional a los que hay que dar filiación y atender sus necesidades básicas, no solo jurídicas, situaciones que han provocado numerosos pleitos y con ellos distintas posturas jurisprudenciales situaciones en las actualmente debe prevalecer el interés del menor, sin olvidar los derechos de la madre gestante.

3.- Jurisprudencia del TEDH y especial referencia a la sentencia 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo.

Estos últimos años la jurisprudencia tanto nacional, el Tribunal Supremo, como internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en estos casos. Fundamentalmente, mencionaremos la sentencia más reciente del

²⁴ En España se acude con frecuencia a California en Estados Unidos o a Ucrania en lo que se ha venido en llamar turismo reproductivo. Sin embargo, está prohibida en Francia, donde se denomina "*gestation pour autroi*", gestación para otro, por la ley 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano que cambia su Código Civil art. 16-7. Portugal el artículo 67 dos de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 establece que para la protección de la familia el estado es el encargado de regular la reproducción asistida en términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana, la denominan maternidad de sustitución y establece también la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos tanto gratuitos como onerosos que tuvieran por objeto esta práctica como en España.

Tribunal Supremo número 277/2022 de 31 de marzo, y la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias Mennenson contra Francia²⁵ en 2014, así como la resolución Paradiso y Campanelli contra Italia²⁶ en 2017,

²⁵ El supuesto de este caso es una pareja francesa infértil que después de varios intentos de fecundación *in vitro* deciden conseguir gametos con espermatozoides del varón y óvulos de donante, cuyos embriones van a ser implantados en una madre de alquiler californiana, dando lugar a un embarazo gemelar. Los demandantes precisan que conforme a la ley californiana la madre portadora no iba a ser remunerada salvo en lo imprescindible, añaden que ella disponía de recursos muy superiores a los suyos, incluso estaba casada, tratándose de un supuesto de solidaridad. Nacen los gemelos y al intentar inscribirlos en California la madre portadora y su marido pretenden que se inscriban las criaturas, a nombre del padre biológico y de su mujer como madre legal. Las autoridades americanas otorgan pasaporte a los gemelos, junto a los pretendidos padres franceses y viajan a Francia. Ya en suelo francés se incoa procedimiento cinco meses más tarde, en mayo de 2001. Y en 2004 la jurisdicción francesa decide no penar porque los hechos no eran punibles en América y por tanto tampoco en territorio nacional. Sin embargo, el proceso civil de inscripción de las partidas de nacimiento se deniega por ser contrarias al orden público francés.

²⁶ La historia del caso es que, tras varias tentativas, en vano, de fecundación *in vitro*, un matrimonio italiano decide recurrir a un vientre de alquiler para ser padres. Con este propósito se pusieron en contacto con una clínica con sede en Moscú, especializada en técnicas de reproducción asistida. Firmaron un contrato de vientre de alquiler. Tras una fecundación *in vitro* se implantaron dos embriones «que les pertenecían» en el útero de una madre portadora, es decir, no existía vínculo genético entre ésta y los embriones. Según nacen la madre biológica firma un documento en el que renuncia a su maternidad y expresamente indica como padres a los señores Paradiso y Campanelli que fueron inscritos como padres del recién nacido. El certificado de nacimiento ruso no mencionaba la gestación en vientre de alquiler. Se les entrega el bebé y al llegar a Italia y pretender inscribirlo las autoridades detectan datos falsos e inician diligencias penales. Después de realizar pruebas genéticas resulta que la criatura no tiene con ellos ningún vínculo genético. Se les retira el niño, se le nombra curador y se inicia para él un procedimiento de adopción. Es muy esclarecedor el fundamento de hecho número 22 cuando dice: “Para fundamentar su decisión, el tribunal tuvo en cuenta las consideraciones siguientes: la madre había declarado no ser la madre genética, los óvulos provenían de un donante anónimo, la prueba de ADN realizada entre el demandante y el niño demostró que no existía una vinculación genética entre ellos; los demandantes habían pagado una

ejemplos perfectamente válidos para nosotros porque estos países europeos también prohíben que los acuerdos de gestación subrogada produzcan efectos y por ello son demandados ante el tribunal al negarse a reconocer la filiación del menor nacido de una gestación subrogada celebrada en el extranjero.

La primera sentencia contra Francia es resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtiéndole que los Estados están

importante suma de dinero (49.000 euros); contrariamente a sus afirmaciones, nada demostraba que realmente se hubiera transportado a Rusia el material genético del demandante. Lo único indudable en este asunto era la identidad de la madre portadora que no era la madre biológica y que había renunciado al niño que había alumbrado. Los padres biológicos eran desconocidos. Siendo así, no se estaba frente a un caso de maternidad subrogada, pues el niño no tenía ningún vínculo genético con los demandantes. Estos últimos rozaban la ilegalidad: habían llevado a un niño a Italia, haciendo creer que era su hijo. Con dicha actitud, en primer lugar, habían violado las disposiciones sobre adopción internacional (Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983), que en su artículo 72 establecía un delito cuya valoración no correspondía sin embargo a un Tribunal de Menores. En segundo lugar, el acuerdo sellado por los demandantes con la empresa Rosjurconsulting era contrario a la ley sobre procreación médicamente asistida (ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004) que en su artículo 4 prohibía la fecundación asistida heteróloga. Se debía poner fin a esta situación ilegal y la única manera era alejar a los demandantes del niño. Ciertamente, el niño sufriría un daño por causa de la separación, pero dado el poco tiempo pasado con los demandantes y su corta edad, el niño sería capaz de superar todo. Se comenzaría inmediatamente la búsqueda de una pareja de padres adoptantes. Además, dado que los demandantes habían preferido burlar la ley de adopción a pesar del acuerdo que habían obtenido, se podría pensar que el niño era el resultado de un deseo narcisista de la pareja, o incluso que estaba destinado a resolver los problemas de pareja. En consecuencia, el tribunal dudaba de su capacidad real emocional y educativa. Al carecer el niño de una familia biológica o de su madre portadora, pues había renunciado a él, el tribunal estimó que la ley italiana sobre la adopción se aplicaba al caso presente (en el sentido del artículo 37bis de ley núm. 184/1983), confió al niño a los servicios sociales y designó a un tutor para su defensa”

obligados a reconocer la filiación del menor cuando sea hijo biológico del padre comitente, en un claro ejemplo del nuevo principio que podemos acuñar y es que a partir de las pruebas de ADN el padre siempre es cierto. Doctrina que se refuerza y se completa en la sentencia contra Italia, tres años más tarde, negando que se pueda obligar a los Estados a reconocer los efectos de una gestación subrogada cuando ninguno de los padres de intención guarda vínculo genético con el menor y no existe vida familiar, es decir cuando ninguno de los dos es cierto.

Teniendo en cuenta esta doctrina se dicta la importante sentencia española 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo que recuerda que la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos: tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad: los contratos de gestación por sustitución pueden vulnerar los derechos fundamentales: la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante: cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción atendiendo al

interés superior del menor²⁷. Siguiendo esta idea de la adopción, en la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024 y ante la petición de los padres de la modificación de la mención del lugar de nacimiento en la inscripción de nacimiento del bebé nacido por gestación subrogada, acepta que esta sea cambiada por el domicilio de los padres actuales al entender que es en beneficio del menor, por amparar su derecho a la intimidad personal y familiar, equiparando la situación a la de la adopción internacional según lo previsto en el art. 16.3 Ley del Registro Civil.

²⁷ El supuesto es una mujer española que contrata una gestación subrogada en México, con una empresa interpuesta y obtiene una madre gestante de una criatura que en ningún caso tiene material genético de la madre de intención. La criatura, un niño, nace en México, pero se establece en España y se intenta inscribir aquí, lo que se deniega y provoca la resolución del Tribunal Supremo. La sentencia de la Audiencia Provincial declaró que D.^a Aurelia, que tiene un trabajo estable y bien remunerado, satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor Pedro Enrique, que se encuentra matriculado en centro educativo en el correspondiente ciclo de educación infantil, y considera a D.^a Aurelia como madre y al Sr. Luis Miguel y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente. Y razonó que, no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art. 175.1 del Código Civil), ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del Código Civil porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada. Concluye que el menor Pedro Enrique evoluciona en el proceso de formación de su personalidad concibiendo a la demandada como su madre y al demandante y su esposa como abuelos, siendo conforme a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive.

Según PINO ÁVILA²⁸ la primera sentencia referida es salomónica porque deniega la filiación fundada en la posesión de estado, puesto que debe ser respetado el orden público internacional español que exigen la protección de los derechos de la madre gestante y del menor, derechos que se vulneran en el contrato de gestación subrogada reproducido en la propia sentencia²⁹, cuyas

²⁸ PINO-ÁVILA, Alonso. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, nº 57, p. 337.

²⁹ Por ser de relevancia reproducimos el contrato que se firma para llevar a término esta práctica «Capítulo II.- Cláusulas

» Primera.- La gestante sustituta, gestará al niño resultante bajo todos los términos de este acuerdo, la denominación "niño" se referirá a todos los niños(as) nacidos bajo los términos de este acuerdo.

» Segunda.- La gestante sustituta renuncia a todos los derechos y reclamaciones sobre el niño nacido y acepta entregar la custodia física del niño inmediatamente después del parto sin ninguna interferencia a la futura madre. [...]

» Cuarta.- La transferencia de los embriones no es una donación de embriones a la gestante sustituta y deciden que la custodia y decisiones de todos los embriones u otro material genético creado es propiedad de la futura madre [...]

» Procedimiento. - [...]

» Quinta.- [...] D.- El niño nacerá en el estado de Tabasco bajo las leyes de este estado e inmediatamente después del parto la gestante sustituta entregará a la futura madre todos los derechos y custodias legales. La gestante sustituta deberá colaborar en todo momento con la futura madre para realizar todas las acciones y procedimientos elegidos por la futura madre para confirmarlo como la madre legal del niño, incluyendo sin limitación acciones judiciales, administrativas, permitir a la futura madre aparecer en el acto de fe del hospital, y cualquier otra acción civil. [...]

» Sexta.- Representación y coadyuvancia.

» A.- Las partes convienen que para efectos de coadyuvar de la mejor manera en la realización del objeto de este contrato, la futura madre se apoyará de una persona física o jurídica colectiva, quien será en todo momento el enlace entre los contratantes y estará al pendiente de los trámites y gestiones necesarias sin perjuicio de la comunicación que de manera directa las partes tendrán permanentemente hasta que concluya el presente contrato. En este sentido, desde este momento se establece que será la sociedad mercantil

denominada "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V., a través del señor Juan Pablo. [...]

- » Octava.- A.- La gestante sustituta no tendrá, ni tratará de tener relación con el niño, incluyendo sin limitación: la relación padre-hijo, información de su crianza o intentar tener información de su localización.
- » B.- La gestante sustituta renuncia a todos sus derechos como la madre legal del niño y ayudará en todos los actos legales necesarios para declarar a la futura madre como madre legal del niño.
- » C.- La gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño. [...]
- » Décima.- Evaluaciones Físicas y Psicológicas. [...]
- » A.- La gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas según lo determine la futura madre, antes de cualquier procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. [...]
- » E.- La gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre.
- » Décima Primera. - Procedimiento de fertilización in vitro.
- » Es la intención de las partes y por lo tanto se obligan:
- » A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos.
- » B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida.
- » C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria.
- » D.- La gestante sustituta se compromete y obliga a seguir todas las instrucciones del médico de fecundación in vitro hasta ser derivado con su obstetra, la gestante sustituta comprende que deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo según las instrucciones del médico de fecundación in vitro.
- » E.- La gestante sustituta se deberá presentar a todas las pruebas médicas determinadas por el médico de fecundación in vitro incluyendo sin limitación: ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. [...]
- » G. La gestante sustituta deberá permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones.
- » Decima Tercera. - Conducta durante el tiempo del acuerdo y el embarazo.
- » A.- Durante el embarazo y una vez en tratamiento con el médico obstetra, seleccionado por la futura madre, la gestante sustituta deberá informar semanalmente a la futura madre, a través de la persona coadyuvante, sobre toda la información, pruebas, resultados médicos, ecografías y citas médicas relativas al embarazo.
- » B.- Las instrucciones médicas y recomendaciones dadas por el médico tratante

-
- a la gestante sustituta durante la vigencia del presente acuerdo, pueden incluir pero no están limitados a: mantener una dieta consistentemente nutricional, procedimientos de ultrasonidos frecuentes, prolongada abstinencia de relaciones sexuales, abstenerse de tatuajes, perforaciones en el cuerpo y efectos o cirugía estética, interrupción del ejercicio vigoroso, la prohibición de la auto administración de medicamentos por vía oral o por inyección.
- » C.- Durante el embarazo la gestante sustituta no fumará tabaco o hierbas ilegales, no tomara ninguna bebida que contenga alcohol incluyendo el vino, bebidas energéticas, no tomará ninguna bebida que contenga cafeína, no tomará drogas ilegales, no se expondrá a humos de tabaco, no tomará libremente hierbas o medicamentos naturales sin el consentimiento del médico tratante.
 - » D- La gestante sustituta está de acuerdo en: no comer carne o pescado crudo, no deberá exponerse a excrementos de animales y no se someterá a esfuerzos físicos.
 - » E.- La gestante sustituta está de acuerdo a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante.
 - » F.- La gestante sustituta según las instrucciones médicas se abstendrá de participar en cualquier actividad, ocupación o empleo alguno que pueda afectar negativamente al embarazo, incluyendo sin limitación levantar objetos pesados, radiografías no esenciales exposición a sustancias químicas nocivas, deportes o actividades peligrosas.
 - » G.- La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje.
 - » H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de DIRECCION000 Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que esto genere, a través de la persona coadyuvante.
 - » I.- La gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, así también autoriza a la futura madre para hablar directamente con el médico tratante cuestiones relacionadas con la salud del feto.
 - » J.- La gestante sustituta acepta someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y pruebas de diagnóstico amniocentesis, muestras la velloidad crónica,

ultrasonido de alta resolución para las pruebas de paternidad o para determinar la salud del feto cuando lo solicite el médico tratante o la futura madre.

- » Décima Cuarta. - Emergencia médica o soporte de vida: [...]
- » B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre. [...]
- » Décima Sexta. - Entrega del niño.
- » A.- A menos que una emergencia médica obligue a lo contrario, la gestante sustituta se compromete a dar a luz al niño en el hospital seleccionado por la futura madre que deberá cumplir con los requisitos mínimos de atención y emergencia prenatal y de prematuros.
- » B.- La gestante sustituta se compromete a informar de manera inmediata a la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. y a la futura madre, cuando entre en trabajo de parto. A falta de estos, se contactará con el tutor designado en este contrato.
- » C.- La futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño, salvo que el médico tratante determine que no puede ser posible. La gestante sustituta firmará todas las autorizaciones en el hospital para permitir a la futura madre estar presente en el nacimiento del niño.
- » D.- La gestante sustituta está de acuerdo en someterse a una cesárea para el nacimiento del niño, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal.
- » E.- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto, la gestante sustituta autorizará al hospital a colocar al menor el nombre y apellidos de la futura madre, a que la futura madre pueda poner el nombre de pila del niño y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica.
- » F.- La futura madre será responsable del niño que nazca por virtud de este contrato, ya sea sano o no. La gestante sustituta renuncia al derecho a tomar decisiones médicas por el niño después del nacimiento.
- » G.- La futura madre será la madre legal de cualquier niño nacido bajo este acuerdo, ya sea que el niño tenga deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia. [...]
- » Décima Octava. - Interrupción del embarazo
- A.- La futura madre no podrá cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta.
- B - La futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.
- C.- La gestante sustituta está de acuerdo en que sólo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado

por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto.

- » Décima Novena. - Renuncia y adopción.
- » A.- La gestante sustituta, firmará el acuerdo de custodia física del niño a la futura madre inmediatamente después del parto. Asimismo, cooperará en todos los procedimientos para la filiación y registro civil del niño por la futura madre si llegase a ser necesario.
- » B.- La gestante sustituta, entregará al niño a la futura madre inmediatamente después del parto.
- » C.- La gestante sustituta nunca reclamará el derecho como madre sobre el niño nacido por virtud de este contrato, durante y después de la gestación, y renuncia a cualquier tipo de contacto en el futuro con el niño o la futura madre, salvo que la partes acuerden por escrito lo contrario. [...]
- » Vigésimo Primera. - Contacto después del nacimiento.
- » A.- El niño nacido bajo este procedimiento estará bajo el cuidado de la futura madre desde su nacimiento en adelante.
- » B.- Después de que la futura madre se lleve al niño fuera del hospital, la gestante sustituta estará de acuerdo en no tratar de ver o ponerse en contacto con el niño ni con la futura madre. [...]
- » Vigésimo Tercera. - Compensación, reembolso, seguros y otros costos.
- » A. Compensación a la gestante sustituta.
- » 1.- En el caso de un embarazo múltiple, la futura madre se compromete a compensar a la gestante sustituta con una suma de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares) pagaderos en 6 (seis) cuotas de igual valor, a razón de US\$ 1.000,00 (mil dólares) por mes, empezando a partir del tercer mes de confirmado el embarazo y así consecutivamente hasta el parto.
- » 2.- La futura madre pagará todos los honorarios del procedimiento de fertilización in vitro.
- » 3.- En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización in vitro y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación.
- » Vigésimo Cuarta.- Interrupción del embarazo.
- » 1.- Si la gestante sustituta, por causas ajenas a la suya o recomendado por el médico que la atiende, se somete necesariamente a un aborto para salvar su vida, la futura madre se compromete a pagar todos los gastos médicos derivados del aborto. [...]
- » Vigésima Octava. Honorarios de abogado.
- » La futura madre es responsable de los honorarios de los abogados, para revisar el presente contrato. [...]
- » Trigésima Segunda. - Asunción de riesgos durante el proceso. [...]
- » B.- La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al

cláusulas son lesivas de los derechos de la madre gestante y convierten al menor en una mercancía, pero por otro lado, propone como mecanismo alternativo un viejo instrumento ya conocido desde el mundo antiguo: la adopción con la que se justifica la necesidad de atender el interés superior del menor del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰.

El informe anual de la Unión Europea sobre derechos humanos y democracia en el mundo ya en 2015 condenó explícitamente la gestación subrogada y recomendó su prohibición a los países miembros de la Unión, el rechazo viene de que es una práctica contraria a la dignidad de la mujer. En el mismo sentido el artículo 3 de la carta de derechos fundamentales de la UE prohíbe que el cuerpo humano, partes del mismo en cuanto tal se convierta

proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo. [...]».

³⁰ Llegados a este punto se firmó el 3 de marzo de 2023 en Casablanca una declaración para la abolición universal de la gestación subrogada también llamada declaración de Casablanca, en ella diferentes expertos se proponen la prohibición de la gestación subrogada y su mercado, se constató que el negocio de la subrogación está construido sobre un deseo de muchas personas de tener un hijo pero ese deseo no se puede obtener cuándo para ello se trata a mujeres vulnerables como si fuesen objetos y a los niños como si fueran mercancías. Esta práctica requiere una respuesta internacional pues como sabemos se vulneran las normativas nacionales por medio de determinado tipo de agencias mediante esta declaración de Casablanca expertos de todo el mundo han pedido a los estados que tomen medidas para combatir esta práctica en su territorio. En esta declaración se aboga por la abolición de la maternidad subrogada en lugar de por su regulación por ser contraria a los derechos humanos de las mujeres y los niños entendiendo que ningún marco legal puede asumirla. Italia concretamente la ha prohibido tanto dentro de su territorio y ha modificado su ley 40 de 19 de febrero de 2004 y ahora también se penará a quien acuda al extranjero para obtener un niño gestado por otra mujer, ya sea práctica altruista o mediante pago considerándolo un delito universal.

en objeto de lucro, y esto son normas de derecho necesario aplicables directamente a los países miembros.

4.- Solución romana a los matrimonios que no conseguían tener descendencia.

La necesidad de tener estirpe también acontece en la sociedad romana, pero en nuestra opinión la solución nunca fue la gestación subrogada. Distintos romanistas como PANERO ORIA³¹, DUPLA MARIN³², NUÑEZ PAZ³³, DE LAS CASAS LEÓN³⁴ han estudiado cómo el principio *mater semper certa est* y por añadidura *pater est quem nuptiae demonstrant*, se pueden ver afectados por la gestación subrogada. Evidentemente en Roma también existen supuestos de parejas infértiles que necesitaban tener hijos para reforzar su clan familiar. La concepción de la familia agnaticia, la transmisión patrimonial de los bienes familiares, la estructura jerárquica bajo la autoridad del *paterfamilias*, la concepción de la mujer como gestante del hijo/a del *pater*³⁵, la estructura social rígida e impermeable imperante hace que sea un fin prioritario tener descendencia, por lo

³¹ PANERO ORIA, P., Precedentes de la gestación por sustitución. (Oporto, 2018). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2045-2054.

³² DUPLA MARIN, M.T., «El principio Mater semper certa est, ...op. cit., pp. 309-320.

³³ NÚÑEZ PAZ, M^a I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018

³⁴ DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.

³⁵ CID LÓPEZ, R. M., et al. Madres sustitutas ...op. cit.p. 130. Prevalece el interés por defender los derechos del padre sobre la descendencia.

tanto, se buscaron opciones, dentro de la concepción natural para tener progenie.

Además, tener hijos tenía reflejo en la economía familiar, los varones sucedían al *pater*, y debían intentar hacer carrera política, las hijas tenían que ser dotadas cuando se casaban, por lo que tener hijos/as era aconsejable pero tampoco una prole muy numerosa, salvo en las etapas como las de Augusto en las que tener hijos se valoró con políticas que favorecían la descendencia³⁶.

La mujer que no concebía era tenida por enferma:

D. 21.1.14(*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*)

pr. Quaeritur de ea muliere, quae semper mortuos parit, an morbosa sit: et ait Sabinus, si vulvae vitio hoc contingit, morbosam esse.

1. *Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum:*

2. *Puerperam quoque sanam esse, si modo nihil extrinsecus accidit, quod corpus eius in aliquam valetudinem immitteret.*

3. *De sterili Caelius distinguere Trebatium dicit, ut, si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra.*

Y, al contrario, si estaba embarazada era sana:

³⁶ Augusto, frente a una demografía escasa planteó las leyes que conformaron su política matrimonial para fomentar la natalidad. Pormulgó entre 18 a.C. y 8 d.C. las *leges Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea nuptialis*, junto a la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, repartiendo premios o penas patrimoniales, como prioridad de acceso a cargos públicos, los ya conocidos de las libertas y las esclavas por número de hijos, tres o cuatro para obtener beneficios de *ius liberorum*, siendo liberadas de la tutela del marido.

D. 21.1.14.7. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*) “*Mulierem ita artam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat*”.

Pero la necesidad de lo que se ha dado en llamar un “vientre de alquiler” se solucionaba de forma diversa dependiendo del estatus social. Las clases altas de Roma, remediaban esta circunstancia basándose en la *amicitia*, motivo que amparaba el que una pareja fértil entregase su futuro *nasciturus* a otro matrimonio³⁷, pero de forma jurídicamente correcta. Parece ser que ese juramento de amistad hacía que la mujer embarazada se hospedara en casa de los padres de intención (siguiendo la nomenclatura moderna) y allí diera a luz con los médicos que estos le procuraban y quienes en ocasiones también habían sido generosos con regalos para la madre, gestante y biológica. Nada más nacer la criatura era “adoptada”, según las fuentes literarias, por el matrimonio infértil³⁸.

³⁷ Según CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano. Maiores in legibus*. Valencia. 2017. Tirant lo Blanch, p. 294 La *locatio ventris* era una cesión de la mujer embarazada, pero no solo de su vientre, la expresión mujeres embarazadas se refieren como *ventres*.

GARRIDO AGUDIEZ, M., Los «vientres de alquiler» eran una práctica común en la Antigua Roma.

https://www.abc.es/cultura/abci-vientres-alquiler-eran-practica-comun-antigua-roma-201907250142_noticia.html

³⁸ En *Vidas paralelas* de Plutarco también se narra la posibilidad de que un hombre de valía prendado de alguna mujer fértil y prudente, aunque estuviese casada con otro se acostara con ella después de convencer a su marido igual que en un campo fértil cultivando y engendrando hijos nobles, porque entiende que Licurgo no considera la propiedad de los padres de los hijos sino que estos son patrimonio de la ciudad y por ello los nuevos ciudadanos tendrán que ser hijos no de cualquiera sino de los mejores. Y crítica a aquellos, que encerrando a sus mujeres, las guardan teniendo por un honor que engendren hijos solamente de ellos, aunque estos sean tontos, pasados de edad o enfermizos, como si no fueran deficientes ante todo para

Esa referencia a la adopción la encontramos en PLUTARCO³⁹ cuando narra la posibilidad de que un marido viejo de una joven mujer, si realmente le agradaba alguno de los jóvenes distinguidos y respetables y le daba su aprobación podía llevarlo junto a ella y fecundarla con espermatozoides de calidad como viene a decir el autor y adoptar como suyo propio el ser nacido.

Pero esa información sobre la adopción en ambos casos, tal y como se narra no parece que sea una adopción jurídicamente al uso, no sabemos si jurídicamente es lo que entendemos por adopción, o simplemente era una costumbre, nacía dentro del seno familiar y la criatura quedaba dentro de la familia como si hubiera sido engendrada por el marido, siendo una norma no escrita, una costumbre. Pero nótese que estas cesiones se hacen para que la mujer procrease dentro del matrimonio y las criaturas nazcan con una filiación cierta, fueran hijos legítimos, que en caso de las cesiones cuando estaban ya embarazadas era pactada previamente, en una suerte de adopción prenatal⁴⁰.

los que los tienen y alimentan. p. 100
(https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3_MnIQ6AF6BAgNEAI)

³⁹ Plutarco. Vidas Paralelas I. Teseo y Romulo. Licurgo y Numa. Solón y Publícola. Temístocles y Camilo. Pericles y Fabio Máximo.,p. 100
(https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3_MnIQ6AF6BAgNEAI).

⁴⁰ Nada que ver con la actualidad cuando esa madre gestante no se incluye en la familia, no adquiere ningún estatus, e incluso cuando tienen necesidad se la hace comprometerse a ceder a su hijo a cambio de precio.

Se entiende que esto sucedió durante la etapa del final de la República hasta el Alto Imperio periodo en el que se habla de la *cessio ventris*. Se ha dicho que la cesión de vientres no se contemplaba en el Derecho arcaico⁴¹ y ni siquiera a principios de la República sino cuando tanto el matrimonio como el divorcio eran libres y las mujeres gozaban de autonomía para otorgar su consentimiento matrimonial, o lo que es lo mismo, la *affectio maritalis* o cesar en el mismo, divorciándose libremente, y esto no acontece hasta fines de la República y el Principado⁴². Así aparecen en algunas fuentes mujeres que consienten en gestar a requerimiento de otras casadas estériles, siempre hablamos de mujeres patricias, puesto que tener hijos con concubinas no otorga el *status* a los hijos nacidos de esas uniones, menos aún de esclavas⁴³. Pero si revisamos las

⁴¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, E. "La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Nº 4, 2001, p. 297 en esta etapa la cesión de la mujer con fines de procreación se mantiene, pero además se extiende a otros supuestos prohibidos en un tiempo precedente concretamente a diferencia del periodo arcaico comienza a admitirse la cesión de la mujer casada e incluso embarazada.

⁴² NÚÑEZ PAZ, M^a I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018, nº 28, p.17. En el mismo sentido DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.punto 2.2.2 versión on line.

⁴³ De manera indirecta en D. 21.1.14.1 (*Ulpianus 1 ad ed. aedilium curulium*). *Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*. En este texto en que se habla de la venta de una mujer embarazada, esta es esclava, por supuesto que en estos casos no hay ninguna subrogación de vientre porque esa mujer es *res*, y en este caso lo que refiere es su mayor valor por esta circunstancia, de concebirse estamos ante una compraventa de un ser humano, en ese caso se compra la mujer embarazada como un todo, no solo su hijo, no se alquila su vientre, ni menos aún el fruto de ese vientre.

condiciones el divorcio y el matrimonio romanos son habituales e instituciones flexibles que permiten que la mujer casada, en ocasiones ya embarazada y por amistad de su marido con otro ciudadano romano acuda a su casa a parir al hijo que será recibido en la nueva familia.

Es famoso el caso de Marcia mujer de Catón y su amigo Hortensio (casado con Porcia) que no tenían hijos⁴⁴, recordemos que es un caso recogido en una fuente literaria atribuida a Plutarco, por tanto, no jurídica. En ese relato se describe como después de reiteradas peticiones de Hortensio para que Catón le cediera a su mujer, con la que ya había tenido varios hijos éste consiente y la cede por amistad, Marcia se casa con Hortensio le da dos hijos, y a la muerte de éste, se vuelve a casar con Catón, ya viuda e incluso rica. Pero no observamos que hubiera consentimiento por parte de Marcia como indica PANERO ORIA “curiosamente a Marcia nadie le pregunta”⁴⁵ y Marcia se casa con Hortensio ya embarazada. Existen más ejemplos de esta práctica tan particular como indica CANTARELLA, es el caso de la cesión de *ventres* (esposas embarazadas) de Sila quien hizo divorciarse a su hija embarazada

Sin embargo, aunque sea una fuente literaria la Biblia refiere un caso que también se ha descrito como de maternidad subrogada, en el que por esterilidad de la mujer esta cede a su esclava para que conciba con el marido y el fruto de ese embarazo sea hijo de la mujer legítima, Génesis 16-19 el de la esclava Agar: “Hasta ese día Saray, la esposa de Abraham, no le había podido dar ningún hijo, pero ella tenía una esclava egipcia llamada Agar. Entonces Saray le dijo a Abraham: —Tú sabes que el Señor no me ha permitido tener hijos, así que ten relaciones sexuales con mi esclava. Tal vez yo pueda tener un hijo por medio de ella.”

⁴⁴ CANTARELLA, E, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Universitat de Valencia, 1997, p. 141.

⁴⁵ PANERO ORIA P., *Precedentes de la gestación...* p. 2049.

para entregársela como esposa a Pompeyo, Octavio se hizo entregar la esposa encinta de Tiberio Claudio Nerón, ... si bien era una práctica que solo se realizaba entre personas de un cierto nivel social⁴⁶.

En todo caso son madres desprendidas, altruistas, no se hace por precio, no media dinero, aunque pueda haber gratificación como se concreta en el texto de Ulpiano de D.25.6.1.7-8⁴⁷.

Existen otros supuestos similares en la literatura y la historia de Roma⁴⁸. Pero esto es tanto como decir que hoy día una mujer se divorcia embarazada, se casa de nuevo antes de que nazca su hijo y pretender que su hijo es subrogado, no es un caso a nuestro modo de ver de maternidad subrogada. En palabras de GAUDEMET en ningún caso se puede hablar de venta, ni de préstamo de la mujer sino un divorcio entre Catón y Marcia y un segundo matrimonio

⁴⁶ CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano ... op. cit.* p. 294.

⁴⁷ D. 25.6.1. 7-8 (Ulpianus 34 ad ed.)

"7. Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit: ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris.

8. Nonnumquam augebitur quod interest, si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius qui exclusus est dandam hanc actionem Iulianus ait, siquidem eius quoque interfuit non fuisse calumniae causa in possessione mulierem, quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletio rem hereditatem suam relinqueret. Sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate, dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem."

⁴⁸ DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas" mater...op. cit.* punto 2.2 versión on line, cita los casos que también refiere CANTARELLA.

entre esta con Hortensio⁴⁹. Por otro lado, en ninguna fuente de derecho romano, ni siquiera literaria encontramos que se trate por separado a la madre de su feto, la madre ingresa en la nueva familia con la que entra compartiendo su *status*, que por el principio de *mater semper certa est* es el que comparte con su hijo concebido quien lo adquiere cuando nace. El principio hace que la madre sea tratada conforme a su situación social, le otorga más garantías que en la gestación subrogada actual en la que solo el *nasciturus* ingresa en la familia. Actualmente la madre gestante nunca forma parte de la familia que acoge a su hijo, ni la protege la familia que protegía a la madre antigua.

5. Imposibilidad de gestación subrogada en derecho romano.

Entender que en la antigua Roma hubo vientres del alquiler es complicado porque primero, evidentemente la práctica científica no lo permitía y segundo, porque como hemos visto la madre comparte *status* con su hijo, nunca es una tercera mujer que una vez ha parido cede su hijo para que solamente éste ingrese en la nueva familia. Compartimos con CANTARELLA que, aunque las fuentes emplean el verbo *locare* y el sustantivo *locatio* la cesión de la esposa

⁴⁹ GAUDEMET, J., "Observations sur la manus", AHDO-RIDA, 2 (1953) pp. 328 y ss. Este autor refiere una práctica arcaica de *mancipatio* de la mujer *in manu* por parte de su marido a un tercero para pro.curar hijos, con la posibilidad de un pacto de *fiducia ut remancipatur*. Pacto al que también se refiere SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie" AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011. p. 27-28 después de una *mancipatio* cuando se pretendía que la mujer retornara con el anterior marido.

embarazada no era técnicamente un arrendamiento y no tenía como tal ningún efecto jurídico, es más el acuerdo de conformidad entre quien entregaba y quien recibía a la mujer embarazada quedaba oculto, lo único que trascendía era el divorcio y el posterior matrimonio⁵⁰.

Sin embargo, se ha dicho que en derecho romano existieron “supuestos de cesión voluntaria de continentes gestantes”⁵¹, como si el continente gestante se pudiera separar de la mujer encinta, a saber: primero, la madre gestante que ofrece su vientre para que otra mujer sea madre, segundo: la madre comitente, estéril o no, que recibe los hijos gestados y paridos por otra mujer como suyos y tercero, madres comitentes y madres gestantes ante ilícitos penales. No entendemos el término “continentes gestantes” parece poco preciso, aunque si atendemos al contenido parece que se refiere en el primer caso a la madre gestante, en el segundo a la madre de intención, y en el tercero a ilícitos penales y de estos tres casos, a nuestro modo de ver solo puede ser tratado como continente gestante la primera, la madre que soporta el embarazo.

A nuestro modo de ver, solo existe un supuesto de continente gestante, propiamente tal, que es el primero, los otros supuestos no son de cesión voluntaria de continentes gestantes, son simplemente

⁵⁰ CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano...op. cit.*, p. 295. Y nótese que cuando se refiere a fuentes no señala fuentes jurídicas como también señala por SIMONE, M. DE “*Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*” AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011, p. 9. En el mismo sentido FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines...*op.cit.*p.273 y294 existe una desconexión de las fuentes literarias con las que contamos y las jurídicas de las que carecemos.

⁵¹ NÚÑEZ PAZ, M^a I. Sobre la *cessio ventris* *op. cit*, pp. 19-25.

los otros sujetos imprescindibles en estos casos y las sanciones penales por incumplimiento de los procedimientos normativos y el engaño en cuanto a quién fue la madre que gestó. Lo que se ha relatado en Roma es la práctica de la cesión de la mujer con fines de procreación⁵², no de su vientre por separado.

En otros estratos sociales se dice que existían mujeres que pedían un canon por la prestación de sus servicios refiriéndose a las “*mercenariae*”⁵³, que en este contexto aluden a la *nutrix*, mujeres que criaban y cuidaban a criaturas que no eran sus propios hijos por medio de contratos de los que se conocen varios, contratos de *locatio conductio operarum* por los que se obligaban a criar a ciertas criaturas y les pagaban por ello, pero no eran sus madres, ni gestantes, ni biológicas, ni de intención, procuraban el alimento al nacido, incluso en ocasiones los educaban, eran cuidadoras y amamantaban a los lactantes a los que por ello la unían vínculos afectivos, pero no jurídicos.

Ulpiano en D. 50.13.1.4 (*Ulpianus 8 de omnibus tribunalibus*):

“Ad nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit: namque nutrices ob alimoniam infantium apud praesides quod sibi debetur petunt.

⁵² FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica” op. cit p. 273 y ss. SIMONE, M. DE “*Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*” AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011, p. 50 La cesión de la mujer en el derecho romano arcaico se realizaba con el fin de la procreación de *fili legitimi* y encontraba fundamento en el fin de garantizar la supervivencia y refuerza el grupo de pertenencia. Pero dentro del marco de un matrimonio.

⁵³ NUÑEZ PAZ, *Sobre la cessio ventris* op. cit p. 26.

Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur: ceterum post haec cessant partes praetoris vel praesidis."

En este texto, dentro del procedimiento de la *cognitio extraordinem* se habla de la competencia de los tribunales y del Presidente de la Provincia o el Pretor para juzgar sobre estipendios de los *studiorum liberalium*, y entre ellos, los de la reclamación de los salarios de las nodrizas. En este caso describe que se debe abonar hasta tanto que los niños son alimentados con el pecho, describiendo la función principal de estas mujeres, ninguna otra⁵⁴.

Incluso se habla de hermanos de lactancia por el vínculo que unía a los hermanos de leche, al ser coetáneos, aunque tuvieran diferentes padres, pero no eran madres de alquiler. Algunas están muy bien vistas e incluso se nombran en monumentos funerarios y son cuidadas hasta cuando no pueden lactar por ser añosas⁵⁵. Pero cuando se describe su función en el tratado de Ginecología de Soranos⁵⁶ en ningún momento se puede percibir que fueran madres de alquiler, su función es alimentar a los nacidos, incluso alaban a las de procedencia griega, lo que haría inverosímil esta idea a efectos

⁵⁴ Asevera la condición de amparar esta relación laboral en una *locatio conductio* el texto de Paulo en el que se entiende que el marido paga con bienes dotales de la mujer a la nodriza D. 24.1.28.1 *Paulus 7 ad Sabinum.1. Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta, non seroatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur: sed illud seroatur quod nutrici datum est ad educendum, quia pro capite quid dedisset, quemadmodum si a praedonibus redemisset servos dotales.*

⁵⁵ DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: les femmes dans les métiers médicaux et paramédicaux dans l'antiquité grecque et romaine. Saitabi: revista de la Facultat de Geografia i Història*, N^o. 49, 1999, pp. 281-284. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

⁵⁶ SORANOS, (lib. II. XII.(XXXII) 19. (18).

de tener hijos legítimos y se refiere a ellas en cuanto a cómo debe ser su complexión, pero siempre pensando en una buena lactancia para el nacido.

Con todo lo anteriormente dicho es muy difícil comparar la situación actual de madres de gestación subrogada con la antigüedad. No obstante, el derecho romano nos brinda criterios para reflexionar sobre la situación actual.

6. Aportaciones críticas desde el derecho romano al derecho vigente.

Lo primero que nos llama la atención es que, en Roma, los supuestos que se han dado en decir como de gestación subrogada, la madre gestante y la madre que recibe el hijo o madre de intención son conocidas. En esta práctica, por tanto, también se conoce la carga genética, la filiación desde el punto de vista de los hechos es más clara, evidentemente no hay donantes anónimos y la manera de obtener descendencia es solamente altruista, se concibe el caso de gestar por la amistad entre varones, como indica Séneca⁵⁷ y en textos que ya hemos señalado de Plutarco. Se parece al caso en el que existe acuerdo y se hace de forma generosa o por solidaridad.

⁵⁷ SENECA en *De Beneficiis*, 1.9.3. (Disponible en - AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J.-LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., Fuentes del Derecho romano online, BOE, 2022. (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266))

Por supuesto una de las mayores diferencias es que no hay una agencia interpuesta entre las dos personas, la madre biológica es cierta y no media pago, salvo lo necesario para mantenerla y cuidarla cuando aconteciera el parto, y esto último es igual en derecho romano que en las normas civiles actuales. En cuanto al padre, legalmente también queda determinado por vínculos de filiación, aunque no sea el padre biológico⁵⁸.

En cuanto a la manutención y cuidado de la madre biológica y el *nasciturs*, así como la certeza de la filiación del nacido, en la maternidad subrogada lo procuran las agencias que intermedian, previo pago de los padres de intención, en Roma se protege el embarazo en su conjunto con una figura que es el *curator ventris*⁵⁹, que aseguraba el buen fin del embarazo procurando medios para la madre biológica y para el *nasciturs*, así como la certeza de la filiación del nacido. El póstumo está muy protegido desde el punto de vista patrimonial. Pero el *curator ventris* no cobraba precio y en este sentido existe una diferencia enorme, el niño gestado de forma natural ya en el vientre de su madre goza de los derechos del *nasciturus*, tanto en Derecho romano como en derecho positivo,

⁵⁸ LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II, en *Publicazioni della Facoltà di Guirisprudenza della Università di Modena*, núm.102, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1964, pp. 49-52.

⁵⁹ BUENO DELGADO, J. A., Algunas consideraciones en torno a la figura del “*curator ventris*” en derecho romano y en el derecho actual. *Revista General de Derecho Romano*. 31 (2018).

En D. 26, 5, 20: “*Modestinus 7 differentiarum.- Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est*” se trata la figura del *curator ventris*. En el Digesto justiniano D 37.9 se trata “*de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*” se recogen los derechos posesorios de los que todavía no han nacido.

derechos que no tiene el *nasciturus* mientras está en el vientre de la llamada madre de alquiler, y en caso de tenerlos entendemos que serían los de la madre gestante.

Otra circunstancia completamente distinta era que la finalidad de la procreación en Roma en ningún caso estaba centrada en el interés y el bien del menor sino en el bien de la familia. Con la *custodia* se va más allá, porque los *custodes ventris* no sólo velan por los intereses del nonato, sino que también vigilan los intereses del *pater*, de la familia y, por supuesto, del pueblo romano; por lo que el Pretor debe cuidar de favorecer la llegada de un nuevo individuo (*partus*) en interés del *pater*, de la familia, y, de igual modo, en beneficio de la comunidad (*Res publica*)⁶⁰. En cambio, en nuestros días el centro de todas estas prácticas finalmente ha de ser proteger los derechos, tanto del que va a nacer, como los de la madre gestante.

Diferentes Tratados internacionales protegen a la infancia, pero poco o nada se vela por los derechos de la madre gestante cuando esta no es de intención, quien incluso se ve con un embarazo múltiple o de riesgo al ser implantada con varios embriones en los tratamientos *in vitro* y se ve obligada a gestar unas criaturas sanas, como si esto fuera posible conseguirlo en todo caso, se la somete a una vigilancia y exámenes exhaustivos, incluso si el feto no viene bien se la puede obligar a abortar y a la firma de unos contratos en los que claramente está muy desprotegida jurídicamente, quizá más que en los supuestos de las ciudadanas romanas de la antigüedad.

⁶⁰ *Ibidem* p. 8.

Sería muy aventurado e incorrecto que se interprete que en la antigüedad la realidad era mejor, no es así, cuando estamos describiendo la situación de madres romanas de alto estrato social, no son todas, existían otras realidades como la venta de esclavas embarazadas, o el abandono de niñas más que de varones, que por no ser admitidas en la familia acababan siendo alimentadas para engrosar números de esclavos.... Pero no son casos de maternidades subrogadas, la ciencia no lo permitía, y menos aún como hoy día en los que cabe la posibilidad de gestar un embrión que no tenga ningún vínculo genético con la madre. Tampoco podemos juzgar con nuestra cultura actual lo que sucedió entonces, pero el derecho romano nos permite reflexionar y ser críticos con esta práctica, porque cuando se describe la compra de mujeres embarazadas sabemos que estas tenían que ser esclavas, las ciudadanas romanas embarazadas no se venden, se divorciaban y se casaban con el marido que quería descendencia, la cesión se hacía para que la mujer procrease dentro del matrimonio⁶¹ y sus hijos pudieran calificarse jurídicamente como hijos legítimos⁶².

Se ha dicho que existían mujeres mercenarias que eran pagadas para gestar, pero no conseguimos llegar a esas fuentes que otros autores refieren, incluso se ha hablado de la *nutrix* como madre de alquiler, pero si atenemos a las fuentes la *nutrix* no concibe para otros, lo que vende y está descrito en las fuentes es su lactancia, pero no un bebé, se habla incluso de la relación tan próxima que adquieren los llamados hermanos de leche, cuando

⁶¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, E. "La cesión de la mujer.." *op. cit.* p. 282.

⁶² SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi..."p. 25.

alimentaba a varias criaturas a la vez de diferentes padres y convivían con ella, y de esta práctica sí que se encontramos en las fuentes múltiples referencias, lactaba con un contrato de *locatio* pero no para gestar⁶³.

Pero lo curioso es que, después de tanto tiempo la solución que da el derecho romano se parezca tanto a la de la última sentencia del TS de 2022 ya mencionada, es decir, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre o padre comitente, y en el embrión no hay información genética de ninguno, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción, más si el modelo de vida del pequeño es el adecuado. La adopción internacional está perfectamente regulada y la única diferencia respecto a la criatura que se quiere adoptar es que deberá ser un bebé recién nacido, y que en ningún caso el bebé tendrá información genética de los padres comitentes, adopción que también era la solución del mundo antiguo.

Para PANERO ORIA⁶⁴ sin contar con tecnologías sofisticadas, los romanos ya habían inventado una práctica que permitía alcanzar los resultados que hoy se alcanzan con los vientres de alquiler, y que una vez más Roma nos suministra una serie de ejemplos y casos reales que nada distan de la realidad y demanda social actual, y que pueden servir de base a la hora de tipificar nuevas posibilidades. Compartimos con ella que no hay ningún texto jurídico que se

⁶³ DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: op.cit*, p. 281-284. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

⁶⁴ PANERO ORIA, P., *op. cit.* p. 2052.

refiera a esta cesión de la mujer con fines reproductivos⁶⁵. El hecho de ser una práctica relacionada con la amistad y gratuita, no sujeta a ningún contrato en los estratos sociales más altos, hace pensar que ese nacimiento es un hecho jurídico que afecta a la filiación, pero en ningún caso es un contrato y menos aún oneroso. De ahí que fuera una práctica social habitual posiblemente al margen del derecho.

7. Conclusión: permanencia del principio *mater semper certa est* y actual extensión al varón de la certeza de la filiación.

Hoy la ciencia permite lo que no permite la naturaleza que es conseguir un embarazo en una tercera mujer con embriones gestados con información genética de otros dos sujetos *in vitro*, y para eso la antigüedad no nos puede dar soluciones, pero sigue siendo válido el principio de que *mater semper certa est* incluso en este caso, es más, nos aventuramos a predecir que hasta que no exista la posibilidad de concebir un individuo extraútero lo que de momento es ficción, (de momento lo que se puede gestar extraútero solo son embriones) permanecerá el principio romano para definir la filiación atendiendo a quien pare, y este principio da seguridad jurídica, porque el hecho jurídico del parto es evidente y palmario. Se ha conseguido generar embriones fuera del seno materno, incluso manipularlos genéticamente para evitar enfermedades o ayudar a curar otras, pero no gestarlo, de tal forma que mientras una mujer tenga que parir el principio romano nos dará el soporte jurídico de

⁶⁵ La *locatio conductio* afecta a *obstratrix, nutrix*, ... pero no para gestar.

la filiación. Ahora bien, una vez nacida la criatura ya el derecho romano y el actual permite cambiar la filiación.

A lo que nos invita el derecho romano es a reflexionar sobre lo esencial, es decir, si es lícito permitir estas prácticas, si es adecuado someterlas a un régimen jurídico contractual en el que se cuenta con el cuerpo de una mujer, sujeto y objeto de ese trato, si puede mediar precio, si cabe un compromiso que consiste en traer al mundo a un ser “sano”, como se determina en ciertos contratos, si existe proporción entre los derechos y deberes de la madre gestante y la mera voluntad, que no derecho de ser padre o madre, ...en esencia el derecho romano nos dice que gestar para otro, o bien se hace por amistad sin mediar dinero o en régimen de esclavitud de la mujer, pero en definitiva ninguna de estas soluciones cambia el principio de que *mater semper certa est*.

8.- BIBLIOGRAFIA

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J.-LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C.,
Fuentes del Derecho romano online, BOE, 2022
(https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266)

BAYET, J., *La religión romana Historia política y psicológica*. Trad. de Elvira, M.A., Madrid 1984, p.78-79.

CANTARELLA, E, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Universitat de Valencia, 1997.

CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano. Maiores*

in legibus. Valencia. 2017. Tirant lo Blanch.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*: Editorial Reus.
<https://elibro.net/es/lc/ubu/titulos/185072>

DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.

CID LOPEZ, M., *Imágenes y prácticas religiosas de la sumisión femenina en la Antigua Roma. El culto de «Juno Lucina» y la fiesta de «Matronalia»*, *Studia historica. Historia antigua*, N° 25, 2007

CID LOPEZ, R.M. et. al. *Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua. Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo: cuidado y mantenimiento de la vida*. 2016.

DASEN, V. *Le sourire d'Omphale. Maternité et petite enfance dans l'Antiquité*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 223-4.

DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: op.cit, p. 281-284*. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

DUPLA MARIN, M.T., «El principio *Mater semper certa est*, ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias», *FUNDAMENTA IURIS. Terminología, principios e interpretatio*, Editorial Universidad de Almería, 2012

FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 4, 2001, p. 297

LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II, en *Publicazioni della Facoltà di Guirisprudenza della Università di Modena*, núm.102, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1964.

NÚÑEZ PAZ, M^a I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018.

PANERO ORIA, P., Precedentes de la gestación por sustitución. (Oporto, 2018) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2045-2054.

PINO-ÁVILA, Alonso. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la

doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, nº 57. p. 337.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil*, 1997. pp. 30.

SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie" *AUPA*, Torino, vol. LIV, 2010-2011.

SORANOS. *Ginecología*. JHU Press, 1991.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 03/07/2024	Fecha de aceptación: 07/08/2024
Palabras clave: <i>stuprum; vis; coacción; la Manada; moral; libertad personal; vis grata puellis; Ovid; consentir.</i>	Keywords: <i>stuprum; vis; coacción; la Manada; moral; libertad personal; vis grata puellis; Ovidio; consentir.</i>



VIS GRATA PUELLIS: PERSISTENCIA ACTUAL DE UN ANTIGUO ESTEREOTIPO (BREVE HISTORIA DE LA VIOLENCIA SEXUAL DESDE OVIDIO A “LA MANADA”)

VIS GRATA PUELLIS: CURRENT PERSISTENCE OF AN OLD STEREOTYPE (BRIEF HISTORY OF SEXUAL VIOLENCE FROM OVID TO “LA MANADA”)

Fausto Giumetti

Prof. Acreditado a Catedrático de Derecho Romano y Derecho de la Antigüedad.

Universidad de Nápoles “Federico II”

<https://orcid.org/0009-0005-0875-8734>

(GIUMETTI, Fausto. *Vis grata puellis: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual desde Ovidio a “La manada”).* RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 230-269. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

El artículo pretende investigar, en primer lugar, el origen del delito de violencia sexual tal y como está codificado hoy en Europa y fuera de ella, partiendo de la figura del *stuprum cum vim* surgida en el derecho romano clásico. En segundo lugar, se pone de relieve la persistencia de estereotipos antiguos en la jurisprudencia italiana, en particular el uso del principio de *vis grata puellis*. Se plantean aquí los problemas de una nueva formulación del artículo 609 bis del Código Penal italiano.

Abstract:

The paper aims to investigate the origin of the crime of sexual violence as it is codified today in Europe and beyond, starting from the figure of *stuprum cum vi* that arose in classical Roman law. The second part of the work focuses on the persistence of ancient stereotypes in Italian jurisprudence, especially in the use of the principle of *vis grata puellis*. The work attempts to address the problem of a new formulation of article 609 bis of the Italian penal code.

SUMARIO: 1. Perspectivas de investigación. - 2. *Stuprum cum vi* y coacción violenta: el caso de “*la Manada*”. - 3. El bien jurídico protegido: de la moral a la libertad personal. - 4. La *puella* vacilante de Ovidio.

1. PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN

Bucear en las profundidades de la historia en el análisis del delito de violencia sexual es importante al menos por dos razones: significa tener en cuenta las sugerencias de la criminología moderna, que insiste en el vínculo indisoluble entre cultura, moral y derecho, que se manifiesta en este *crimen* en grado sumo¹; sólo la perspectiva histórica hace que el observador sea plenamente consciente del hecho de que la violación no ha tenido un significado constante a lo

* Acompañado de las notas esenciales, este es el esquema de la ponencia presentada el 2 de noviembre de 2023 en el *XIII Seminario Internacional de Derecho Romano “Instituciones y Solución Jurídica de Conflictos”* organizado en la *Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo* de la *Universidad de Vigo* por la Profesora Margarita Fuenteseca Degeneffe. El tema tratado aquí forma parte del proyecto de investigación (PRIN 2017-2023) “*Visioni criminali dall'antico: crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni*” dirigido por la Profesora Carla Masi Doria, *Principal Investigator* del proyecto. Por la sugerencia para profundizar la huella de Ovidio en la jurisprudencia contemporánea, me gustaría dar las gracias al Profesor Cosimo Cascione, que tan generosamente pone a disposición sus profundos conocimientos jurídicos e históricos.

¹ De esta opinión G. PONTI, I. MERZAGORA, *Sessualità, cultura e delitto*, en G. CANEPA, M. LAGAZZI (Coord.), *I delitti sessuali*, Padova, 1988, págs. 32 s.; J.J. FISCHER, *Screw Consent. A Better Politics of Sexual Justice*, Oakland, 2019.

largo de los siglos y, de hecho, en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*² deseada por Augusto, se confundía el *stuprum*³ con el *adulterium*⁴:

² El texto de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* se reconstruye circunstancialmente a través de fuentes literarias y jurídicas, que son las siguientes: Hor., *carm.* 3.6.17-36, 45-48; 3.24.17-36; 4.5.15-24; Ov., *am.* 3.4.1-12, 25-48; Liv., *praef.*; Flor., *epit.* 2.34; Suet., *Tib.* 35; Tac., *ann.* 2.85; 3.25; Cass Dio. 54.16.1-7. La ley - descrita por Theodor Mommsen como «einer der eingreifendsten und dauerndsten strafrechtlichen Neuschöpfungen welche die Geschichte kennt» (TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pág. 691) - fue llevada al *concilium plebis* para su aprobación por el propio Augusto, según D. 48.5.1 (Ulp. 1 *de adult.*): *Haec lex lata est a divo Augusto*. Sobre cuándo tuvo lugar este hecho, probablemente entre el 18 y el 17 a.C., existe incertidumbre en la doctrina: vid. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, págs. 223 s.; S. M. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991, págs. 263-319; G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, pág. 10; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, págs. 79-96; ID., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010³, pág. 34; P. BUONGIORNO, *Storia di un dialogo. La data della lex Iulia de adulteriis*, en P. BUONGIORNO, S. LOHSSE (Coord.), *Fontes Iuris. Actas de la VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 de marzo de 2012*, Napoli, 2013, págs. 274-290.

³ Las fuentes literarias demuestran que el lema *stuprum* adquirió muy gradualmente un significado de matiz sexual, diferenciándose de otros términos lingüísticos, como *turpitudō* y *probrum*, con los que originalmente compartía un significado genérico de censura social. Demuestran, a finales del siglo III a.C., tal emancipación semántica unos versos del *Bellum Poenicum* de Gneo Nevio, en los que se lee: Naev., fr. 46-47: 46. *seseque ei perire mavolunt ibidem / quam cum stuprum redire ad suos populares*; 47. *sin illos deserant fortissimos viros / magnum stuprum populo fieri per gentis*. En la doctrina, estos dos pares de versos han sido cuidadosamente investigados, en particular en lo que se refiere al uso de la palabra *stuprum* y a su contextualización en el ámbito de los valores, donde el término connota modelos de comportamiento repugnantes para la conciencia cívica, por ejemplo el del soldado cobarde que abandona el campo de batalla (vid. M. BARCHIESI, *Nevio epico*, Padova, 1962, págs. 446-450; E. FLORES, *Latinità arcaica e produzione linguistica*, Napoli, 1978, págs. 46-60. En palabras de *Nevius*, también serían culpables de *stuprum*, por un lado, los soldados que habían sido entregados al enemigo y redimidos por éste y, por otro, el *populus* (esta vez, sin embargo, investido por un *stuprum magnum*) que había optado por abandonar a su suerte a sus conciudadanos en lugar de intervenir mediante una intervención bélica decisiva. Los cuatro versos nos

D. 48.5.6.1 (Pap. 1 *de adult.*): *Lex stuprum et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci φθοράν appellant;*

son dados en la entrada *stuprum* por Festo como epitomizador de Verrio Flaco, y éste los habría extraído, a su vez, de un ejemplar del *Bellum Poenicum* anterior a la división de la obra en libros realizada, según el uso típico de la filología alejandrina, por Octavio Lampadión en la segunda mitad del siglo II a.C.: Fest., *Stuprum* (418, 8 ss. ed. Lindsay): *Stuprum pro turpitudine antiquos dixisse apparet in Nelei carmine 'foede stupreque castigor cotidie'. Et in Appi sententis: 'qui animi conpotem esse, nequid fraudis stuprique ferocia pariat'*.

- ⁴ Entre los autores republicanos y augústeos ya se habían extraído elementos que permitían un uso diferenciado de *stuprum* y *adulterium*, como demuestra G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' nella cultura augustea e la '*lex Iulia de adulteriis*' (Pap. 1 *adult.* D. 48, 5, 6, 1 e Mod. 9 *diff.* D. 50, 16, 101 *pr.*), in *BIDR*, XXIX, 1987, pág. 360. Una cierta confusión entre la identificación exacta de los dos delitos no es sorprendente debido a la desordenada organización matrimonial impuesta por el *princeps* que reprimía casos completamente heterogéneos que iban del *stuprum* consensual a la infidelidad femenina (*adulterium*), del *incestum* al *lenocinium*. Sobre el *incestum* vid. A. GUARINO, *Studi sull'incestum*, en *ZSS*, 63, 1943, págs. 175 ss. (= ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, págs. 185 ss. [de donde citamos]); *contra* G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 244 ss.; U. BRASIELLO, *Incesto. Diritto romano*, en *NNDI*, VIII, Torino, 1962, págs. 499 ss. quien considera que la ley habría previsto ciertas hipótesis de incesto en la medida en que constituían violación, mientras que las otras hipótesis habrían sido reprimidas *extra ordinem*. Sobre la distinción entre *incestum cum adulterio* o *cum vi* y la del *illicitum matrimonium* vid. A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., Sezione V, Scienze giuridiche, I, 1987, págs. 11-28. En cuanto al lenocinio, vid. G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 218 ss.; sobre la configurabilidad del *lenocinium* en relación con un posible perdón del marido respecto de la aventura adúltera, vid. R. LAMBERTINI, *Poteva il marito perdonare la moglie adultera nel diritto romano tardoantico?*, en *KOINΩNIA*, 43, 2019, págs. 592 ss.; A. TORRENT, [Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium](#), en *RIDROM*, 17, 2016, págs. 238-301; A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, [La mujer en las constituciones de Constantino recogidas en el Código de Justiniano](#), en *RIDROM*, 30, 2023, págs. 133-159.

D. 50.16.101 pr. (Mod. 9 *diff.*): *Inter "stuprum" et "adulterium" hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*

La violación violenta parece haber germinado históricamente a partir de la figura de la violación simple, realizada a través del acceso carnal con mujeres núbiles y revestidas de honorable condición social.

Y en efecto, sucedió en el año 740 d.C. que la violencia sexual se configuró como un delito autónomo a través de la Égloga de León Isaurio y Constantino Coprónimo⁵.

Contrariamente a la variabilidad conceptual asumida a lo largo del tiempo por la palabra *stuprum*, el uso instrumental de la represión penal en el contexto de la política social ha sido una constante en la historia jurídica, y esto, con el objetivo de regular la sexualidad

⁵ Ekl. 17.30. Ὁ βιαζόμενος κόρην καὶ φθείρων αὐτὴν ῥινοκοπέισθω; cfr. B. SINOLOWITZ, *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athenai, 1956, pág. 93; D. DALLA, "Ubi Venus mutatur". *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987, págs. 209 s.; F. LUCREZI, *La violenzasessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II*, Torino, 2004, pág. 12 y nt. 40; F. BOTTA, "Per vim inferre". *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004, págs. 21-80; ID., 'Stuprum per vim illatum'. *Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d.C.*, in F. BOTTA, F. LUCREZI, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2003², págs.85-147.

femenina dentro de una subdivisión familiar rígidamente codificada⁶.

Mi trabajo, como en *El jardín de senderos que se bifurcan*, de Jorge Luis Borges⁷, tomará dos direcciones: en la primera, destacaré cómo la estructura del delito de violencia sexual, que gira en torno a la violencia y la amenaza en muchos países de la Unión Europea, encuentra hoy núcleos ideológicos referibles al *stuprum cum vi* del derecho romano; en la segunda, analizaré la insistencia en la jurisprudencia italiana y europea actual de los estereotipos resistentes que hunden sus raíces en la cultura clásica y a cuya resistencia contribuye una capacidad ontológica de adaptación a las diferentes instancias sociales y culturales de las distintas épocas, como si fueran, por recordar a Fernand Braudel, “*prisons de longue durée*” del pensamiento jurídico⁸.

Se desarrollará una historia interminable, salpicada de imágenes fuera del tiempo.

⁶ Vid. M. GRAZIOSI, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 33, 1993, págs. 2 ss. y 99 ss.

⁷ Vid. J.L. BORGES, *Finzioni*, Milano, 2003, págs. 77-89; sobre la poética de vid. D. BALDERSTON, *Los marginal es lo más bello. Borges en sus manuscritos*, Buenos Aires, 2022, *passim*.

⁸ Vid. F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La “lunga durata”*, in F. BRAUDEL (Coord.), *La storia e le altre scienze sociali. Antologia degli “Annales”*, Roma-Bari, 1982, pág. 162.

En particular, será objeto de estudio, en profundidad, la fortuna de que ha gozado a lo largo de los siglos, la expresión *vis grata puellis* descrita por Ovidio en *Ars amatoria*, que es una de esas citas eruditas que los juristas de finales del siglo XIX en adelante empezaron a utilizar instrumentalmente para proteger valores percibidos como tradicionales⁹.

2. STUPRUM CUM VI Y COACCIÓN VIOLENTA: EL CASO DE “LA MANADA”

El *stuprum per vim illatum*¹⁰ era el crimen que tenía lugar en la relación sexual impuesta por *vis*¹¹ a un sujeto pasivo¹² hacia otro

⁹ G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, 1999, págs. 283 s.

¹⁰ F. BOTTA, “*Per vim inferre*”, op. cit., págs. 21-80; ID., “*Stuprum*”, op. cit., págs. 87-157; Sobre la distinción entre *delicta privata* y *crimina publica* y la normativa sancionadora pertinente M. FUENTESECA DEGENEFFE, *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito* (Altea-Alicante, 2004), en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 10, 2021 (*Derecho penal romano / coord. por Paula Domínguez Tristán, Patricia Panero Oria*), págs. 595-618.

¹¹ Vid. M. BALZARINI, *Violenza (Diritto romano)*, en *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, págs. 830-843, espec. pág. 840: «[I]o stupro violento, operato su chicchessia («*vel mari vel foeminae*», «*puerum vel foeminam vel quemquam*»), viene indicato quale ipotesi di *vis publica* in due brani del Digesto, ma in entrambi (D. 48,5,30 (29), 9 e D. 48,6,3,4) senza uno specifico richiamo al testo legislativo, e lasciandosi anzi intravedere l’opera di una successiva estensione («*cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*» nel primo caso e «*praeterea punitur huius legis poena*» nel secondo)». Por lo tanto, según Marco Balzarini, parece aceptable la opinión de quienes creen que la legislación juliana no habría contemplado el caso de la violación violenta. En el mismo sentido véase G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1961, pág. 778 y nt. 144; contra G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto. Diritto*

sujeto actuante. Era un *crimen* probablemente de matriz jurisprudencial dada la ausencia de huellas en la legislación

civile e diritto romano, III, Padova, 1970, págs. 493 s.; M. MOLÈ, *Stuprum*, en *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, págs. 583 s. nt. 14. La bipartición entre *vis publica* y *vis privata* es recordada por D. 48.6 y D. 48.7, la distinción en la que se basa esencialmente esta distinción corresponde a la presencia o ausencia de armas en el ejercicio injusto de la fuerza, véase, *ex aliis*, D. 50.17.152; C. 9.12; I. 4.18.8. En efecto, la *vis publica* se distingue de la *vis privata*, atribuyendo a la primera la cualidad de *vis armata*, porque se realizacum *armis*, mientras que la segunda se califica, según transpone la ley intermedia, como «*vis sine armis, quae proprie pertinet ad privatos*»: A. BONIFAZI, *Institutiones criminales*, Venetiis, 1768, lb. 2, tit. 6, núm. 2. En doctrina G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale. A proposito della lex Iulia de vi publica*, Torino, 1939, *passim*; W. VITZTHUM, *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der Lex Plautia' und Lex Iulia de vi'*, München, 1966, *passim*; G. COSSA, *Attorno ad alcune aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, en *SDHI*, LXXIV, 2008, págs. 209 ss.; con referencia a la protección de los *cives* y la lucha contra el ejercicio de la violencia entre particulares, vid. C. BRÉLAZ, *Lutter contre la violence à Rome: institutions étatiques et tâche privées*, en C. WOLFF (Coord.), *Les Exclus dans l'Antiquité. Actes du colloque organisé à Lyon les 23-24 septembre 2004*, París, 2007, págs. 219 ss.; F. REDUZZI, *Il concetto di vis tra diritto privato e repressione criminale*, en *Anales de historia antigua, medieval y moderna*, 55.2, 2021, págs. 39 ss.; C. PENNACCHIO, *Lex Cornelia de sicariis et venefici(i)s. Per una storia dell'impatto della violenza sull'opinione pubblica. I. Contesto storico, personaggi, norma e parole chiave*, Torino, 2023, págs. 93 ss. En particular, sobre la violencia contra las mujeres R. RODRÍGUEZ, *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018; A. VALMAÑA, *recensión a Rosalía Rodríguez, La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Dykinson, Madrid, 2018, en *RIDROM*, 23, 2019, pp. 447-453.

- ¹² Entendiendo como tal la persona perjudicada por el crimen que se distingue del portador del interés lesionado (la persona que ejerce potestas sobre la mujer *alieni iuris*), en esto sigo a F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, pág. 406: «soggetto passivo del *crimen* (l'*is ad quem res pertinet*, il danneggiato, colui che subisce le conseguenze del danno immediato causato dal terzo) e soggetto offeso dal *crimen* (colui che agisce *morte propinquorum* o *suorum iniuria* e cioè portatore di un interesse lesa dal reato ma non titolare del bene giuridico immediatamente offeso»; por última, M. PADOVAN, *Il soggetto passivo*, en L. GAROFALO (coord.), *Diritto Penale Romano. Fondamenti e Prospettive. I. Le discipline generali I*, Napoli, 2022, págs. 279-320.

represiva de la *vis* (la *lex Plautia de vi*¹³ y la *lex Iulia de vi publica et privata* no hablan de ello) y en la relativa al *stuprum*, de hecho, no hay rastro expreso en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*¹⁴.

El *stuprum* descrito por las fuentes es, en efecto, el consensual:

D. 48.5.35 pr.-1 (Mod. 1 regul.). *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. [1] Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur.*

El *stuprum* consensual tenía lugar en la unión homoerótica con un *puer*¹⁵ y en la unión entre un hombre, soltero o casado, con una mujer soltera; precisamente, la conducta sólo era penalmente relevante si la mujer pertenecía a una de las siguientes categorías:

¹³ C. RENDA, *La «Lex Plautia de vi»: problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, págs. 473-487.

¹⁴ Cabe recordar que gran parte de los delitos relacionados con la esfera sexual anteriores a la legislación augústea fueron objeto de represión en virtud del *iudicium domesticum*, vid. KUNKEL W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, pp. 219-251; M.J. BRAVO BOSH, *El iudicium domesticum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, págs. 1-30

¹⁵ Vid. D. DALLA, *Ubi Venus*, op. cit., págs. 82 ss.; G. RIZZELLI, *La Lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 171 ss.; M. MIGLIARESI, *Note sulla lex Scantinia: legge comiziale?*, in *Iura*, 55, 2004, págs. 4-32; C. DE CRISTOFARO, *Inpudicus. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al principato*, Napoli, 2022, *passim*.

virgines o *viduae ingenuae et honestae*, todas ellas titulares de una condición subjetiva caracterizada por la *honestas*¹⁶.

Se trataba de un *crimen commune* caracterizado en su morfología por la coparticipación de sujetos que actuaban *cum dolo*¹⁷. Por tanto, quedaban excluidos del delito los siguientes supuestos: la unión sexual con una mujer casada, ya que constituía *adulterium*; la conducta culposa¹⁸; la relación carnal que tenía lugar contra la

¹⁶ Vid. R. FIORI, *Materfamilias*, in *BIDR*, 96-97, 1996, pág. 480.

¹⁷ D. 48.5.13(12) (Ulp. 1 *de adult.*): *Haec verba legis 'ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo' et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.* Tanto es así que del pasaje de Ulpiano aceptado en D. 48.5.13[12] se infiere lógicamente que la mujer violada está por esa misma razón exenta *dedolus*: «Il che trova conferma in un altro passo, sempre di Ulpiano (2 *de adult.*, D. 48.5.14[13].7), che pur tormentatissimo e investito da una selva di sospetti, è perspicuo e inattaccabile nella chiusa: *ceterum quae vin patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur*»: R. LAMBERTINI, «*Stuprum*» *violento e ratto*, in *Index*, 36, 2008, pág. 507; sobre el elemento intencional de la conducta vid. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 48.5.44 (43)*, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano, 1965, págs. 128 ss. [= ID., *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1991, págs. 521-535]. Según M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, págs. 244 ss., una persona que hubiera obtenido el consentimiento de la otra parte, así como un autor de violación o adulterio, se consideraría culpable de violación. Según R. LAMBERTINI, «*Stuprum*» *violento*, op. cit., pág. 507: «[L]a bilateralità fisiologica e fenomenologica intrinseca al rapporto sessuale finisce in certo modo con il riverberarsi sulla 'bilateralità' del reato stesso, che non vede nelle due *dramatis personae* un delinquente e una vittima – come, per intenderci, nel caso di Tizio che pugnala Caio –, bensì due coautori su un medesimo piano».

¹⁸ Vid. C. 9.9.18.1 (*Impp. Valerianus et Gallienus AA. et C. Theod.*): *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. in ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur.* [1] *Verumtamen ei, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias in provincia reliquisset, sollicitavit ad nuptias, crimen etiam stupri, a quo turemota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo sollemniter inferetur.* *Accepta id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cons.* [a. 258]; o la de los clientes de una posada: C. 9.9.28 (*Imp. Constantinus A. Africano*): *Quae*

voluntad del sujeto pasivo, ya que la vis asociada al *stuprum* era un factor discriminatorio que excluía a la mujer *quae vim patitur* de la *societas criminis*, como escribió Ulpiano:

D. 48.5.14(13).7 (Ulp. 2 *de adult.*). *ceterum quae vim patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur.*

Aunque es indudable que por primera vez la ley se fija en la mujer víctima de violencia sexual y en su consentimiento, lo hace, según las fuentes, sólo con el fin de establecer su complicidad o ajenidad a un acto delictivo, especialmente en casos controvertidos como el de la mujer que denunció inmediatamente los hechos a su marido:

D. 48.5.40(39)pr. (Pap. 25 *resp.*)¹⁹. *Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non*

adulterium commisit, utrum domina cauponae an ministra fuerit, requiri debet, et ita obsequio famulata servili, ut plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit: ut, si domina tabernae fuerit, non sit a vinculis iuris excepta, si vero potantibus ministerium praebuit, pro vilitate eius quae in reatum deducitur accusatione exclusa liberi qui accusantur abscedant, cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur, quae iuris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hae autem immunes ab iudicaria severitate praestentur, quas vilitas vitae dignas legum observatione non credidit. D. III non. Febr. Heracleae Constantino A. VII et Constantio C. cons.

¹⁹ Vid. F. BOTTA, "Per vim, op.cit., págs. 115-117; G. RIZZELLI, *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma antica. Nota per una storia degli stereotipi*, en E. HOEBENREICH, V. KUEHNE, F. LAMBERTI (Coord.), *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre genero*, Lecce, 2012, págs. 295-377 y 345. Una controversia de Séneca el Viejo tiene una orientación diferente; en *contr. 2.7* se describe el siguiente episodio: *Quidam, cum haberet formosam uxorem, peregre profectus est. In viciniam mulieris peregrinus mercator migravit; ter illam appellavit de stupro adiectis pretiis; negavi illa. Decessit negotiator, testamento*

heredem omnibus bonis reliquit formosam et adiecit elogium: 'quia pudicam conperi'. Adit hereditatem. Redit maritus, accusat adulterii ex suspitione. Contradicit. Cuenta la historia de una esposa encantadora (*formosa uxor*) que, dejada sola por su marido para un largo viaje de negocios, despierta las atenciones amorosas de un riquísimo comerciante extranjero que, a pesar de haber sido rechazado por ella tres veces (*ter ... negavit illa*), en su lecho de muerte la hace única heredera de sus bienes a la luz, al menos así lo escribe, de su *pudicitia*. Tanta generosidad justificada en las tablas testamentarias mediante el elogio de las dotes morales de la mujer había producido una creencia generalizada en sentido contrario y había sugerido al marido que formulara una acusación *ex suspitione* de adulterio basada en el relieve de la inseparabilidad lógica entre el beneficio recibido por su esposa y su culpabilidad. El retórico califica la relación supuestamente engañosa de la mujer tanto de *stuprum* desde el punto de vista del tercero como de *adulterium* en relación con la *accusatio* interpuesta por el marido. Pero, aquí se trataría de un caso de *adulterium* en sentido estricto, dada la condición jurídica de mujer casada. Los colores que dibuja el declamador (Porcio Latrone), portador de las peticiones del marido, atestiguan la presencia incluso en las escuelas de declamación del problema de trazar una línea inequívoca entre la corrección y la inocencia de la mujer en los casos de *stuprum* entendido como relación sexual ilícita. El declamador plantea el problema de la asunción de responsabilidad de la mujer violada y lo aborda a partir de un modelo cultural que presupone su inevitable implicación. De la propensión natural de la mujer al placer erótico, que hace presumir su consentimiento mientras no se demuestre lo contrario, se derivaría la necesidad y la importancia de una investigación sobre el consentimiento femenino a efectos de la constatación real de la violencia sexual. Graziana Brescia escribe: «[l]a cultura del sospetto può essere neutralizzata solo dall'esercizio di una retta condotta dettata da morigeratezza di costumi: tale modello di comportamento deve trovare manifestazione visibile e inequivocabile nei suoi *signa* in una complessa e articolata semiotica verbale e extraverbale dettagliatamente ricostruita da Porcio Latrone nel suo intervento mediante l'efficace utilizzazione della figura retorica dell'*hypotyposis*»: G. BRESCIA, *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce, 2012, pág. 40. La novia virtuosa, sometida en ausencia de su marido, y por tanto en una posición de mayor debilidad y vulnerabilidad, a las ofertas amorosas de un mercader (figura socialmente peligrosa en la medida en que se encuentra fuera del espacio protegido de la ciudad) y que se limita a rechazarlas con una simple negativa, corre el riesgo de atraer más de una sospecha de impudicia. «Il suo silenzio si tinge di pericolosa ambiguità: nella rilettura tendenziosa dei fatti di Porcio Latrone, che dà voce alle ragioni del marito, esso appare come indizio di colpevolezza ed equivale di fatto ad un tacito assenso (2.7.5)»: G. BRESCIA, *La donna violata*, op. cit., pág. 42. Sobre la controversia vid. G. RIZZELLI, *In has servandae integritas custodias nulla libido inrumpet* (*Sen. Contr. 2.7.3*), en F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI (Coord.), *Violenza sessuale*, op. cit., págs.

commisisse respondi, licet iniuriam suam protegenda pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit.

De este modo, en la época romana se configuró el modelo represivo de la coacción violenta, que excluía a la mujer de responsabilidad si podía demostrar que había hecho todo lo que estaba en su mano para proteger su *pudicitia*²⁰ y evitar así la violencia.

Todavía hoy pueden vislumbrarse rastros de esta violencia teorizada por los juristas severianos, basta con leer el Código Penal italiano en el artículo 609-bis del Código Penal (*Violencia sexual*):

«El que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales, será castigado con pena de prisión de seis a doce años».

El Código penal italiano vincula la conducta penalmente relevante a la constatación del acto coercitivo y lo hace por motivos relacionados con la prueba del delito. Sin embargo, esta elección

149-199. Sobre la sospecha que puede generar una conducta omisiva provocada por la víctima de un delito, véase Quint., *inst.* 9.2.72 donde se argumentan los límites del uso procesal de "*sententiarum figurae*": *nec pudor videtur quod non palam obicias, sed diffidentia.*

²⁰ Sobre la *pudicitia* femenina vid. S. FUSCO, *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana*, in *RIDA*, 65, 2018, págs. 105-124; sobre el *edictum* relativo a la protección de la *pudicitia*, vid. EADEM., *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.

plantea un problema: de hecho, centrar la violación en la violencia es peligroso, ya que la propia violencia es un concepto históricamente cambiante. Por ello, parece deseable *de iure condendo* reformar el tipo penal eliminando la referencia a la violencia y a las amenazas para centrar el delito de violencia sexual en la falta de consentimiento, tal y como está ocurriendo, hoy día, en la legislación de varios países europeos.

Veamos, por ejemplo, lo ocurrido en España a raíz de algunas noticias relevantes, como los Sanfermines de Pamplona de julio de 2016. Una joven de 18 años fue conducida por un grupo de cinco hombres – unos años mayores que ella – a los que había conocido poco antes, a una zona apartada a la entrada de un edificio, donde los cinco hombres realizaron actos sexuales de diversa índole con ella. No hubo reacción física por parte de la chica, lo que dejó margen a los acusados para argumentar que las relaciones habían sido consentidas y que fue sólo porque había sido abandonada a raíz de estos hechos, cuando la chica, por resentimiento, decidió presentar cargos. La joven, por su parte, relató que al principio había seguido a los acusados sin coacción, pero que en algún momento se dio cuenta de que las intenciones de los hombres eran aprovecharse sexualmente de ella. En ese momento le pareció demasiado tarde y, sintiéndose impotente, se quedó petrificada a merced de los acontecimientos.

El caso obligó al país a enfrentarse profundamente a sus propios *Kulturnormen*, en particular cuando la Audiencia Provincial de Navarra condenó a los miembros de la *Manada* – como se hacían llamar en un chat de *WhatsApp* – a nueve años de prisión por abuso sexual (artículo 181 del Código Penal) y no por el delito más grave de agresión sexual (artículo 178 del Código Penal), cuya mayor gravedad punitiva viene determinada por el uso de la violencia o la amenaza. La decisión suscitó duras reacciones públicas y manifestaciones callejeras. La propia doctrina penal fue llevada a afrontar el caso en profundidad, al que, entre otras aportaciones, se dedicó incluso un volumen entero²¹.

Tras una confirmación sustancial en segunda instancia, en 2019 el Tribunal Supremo consideró integrado el delito de «agresión sexual». De hecho, argumentando con mayor tino, el Tribunal Supremo escribió que: «en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima solo se puede interpretar como una negativa [al acto sexual]»²². Como consecuencia de esta decisión, que consideró que subsistía la intimidación y no el mero prevalimiento (es decir, el aprovechamiento de una relación desproporcionada con la víctima), los acusados fueron condenados a 15 años de prisión.

²¹ Vid. P. FARALDO CABANA, M. ACALÉ SÁNCHEZ (Dir.); S. RODRÌGUEZ LÓPEZ, M.A. FUENTES LOUREIRO (Coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, *passim*.

²²Vid. https://elpais.com/sociedad/2019/07/05/actualidad/1562318324_192613.html.

Un incidente similar ocurrió en 2016 en Manresa, Cataluña, contra una adolescente de 14 años, que no opuso resistencia a sus 5 agresores sexuales, después de haberse drogado y bebido una cantidad de alcohol. Incluso en este caso, que parece menos problemático desde el punto de vista probatorio, la ausencia de necesidad de recurrir a la violencia explícita o a las amenazas hizo que los agresores fueran condenados a penas de prisión de entre 10 y 12 años por un delito de abuso sexual, alimentando las protestas de gran parte de la opinión pública. En parte, como consecuencia de estos hechos, en España, el debate sobre la reforma de los delitos sexuales condujo a la disciplina del consentimiento, incluso para los hechos más graves.

La Ley Orgánica 10/2022, que reformó el artículo 178 del Código Penal, dice ahora lo siguiente:

«Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»²³.

²³ Sobre el debate suscitado en España en torno al problema del consentimiento válido y los aspectos jurídicos y filosóficos del propio consentimiento, vid. C. SERRA, *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024, *passim*.

Emblemática es la solución de la *Sexual Offences Act* británica de 2003, que, en las *sections* 1 a 4, establece que existe el hecho, respectivamente, de «Rape», de «Assault by penetration», de «Sexual assault» y de «Causing a person to engage in sexual activity without consent», cuando la persona implicada en la realización de actos sexuales «does not consent», es decir, “no consiente”. Al exigir que el sujeto consienta, podría pensarse en la necesidad de un consentimiento afirmativo, pero el artículo 74 del mismo cuerpo legislativo, concebido con una función definitoria, difumina las connotaciones expresivas del consentimiento, centrándose más en la libertad de consentimiento: «a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice».

Volviendo al ámbito europeo, en términos distintos, se encuentra la disciplina francesa, que a pesar de haber sido modificada recientemente, mediante la ley 703 de 3 de agosto de 2018, que afectaba precisamente al hecho de la violación (artículo 222-223 del Code penal francés), no aprovechó la ocasión para eliminar las referencias a las notas coercitivas del hecho, limitándose a ampliar la tipicidad del supuesto, que ahora se refiere, no sólo a la realización de actos sexuales sobre la víctima, sino también a la imposición a la víctima de la realización de actos sexuales sobre la persona del autor.

La orientación de una parte de los legisladores europeos parece ser, por tanto, la de incriminar todo acto sexual no amparado por un

consentimiento válido según dos esquemas posibles: el “negativo” para el que es necesaria la manifestación de disconformidad por parte de la persona ofendida (*no means no*) o el "afirmativo" (para el que *only yes means yes*) para el que no hay aproximación sexual lícita, a menos que exista un consentimiento expreso, no necesariamente verbal²⁴. Pero hay escepticismo en la doctrina sobre esto último, que parece, al menos a quien esto escribe, más que fundado.

En un reciente estudio, Clara Serra ha puesto de relieve, en efecto, cómo la opción del sólo sí significa sí no tiene en cuenta cómo el consentimiento puede ser fruto de presiones sociales, familiares, incluso inconscientes, y que como tal no respetaría la genuina voluntad de la mujer.

«*El sentido de consentir*»²⁵, por retomar el título del libro de Clara Serra, se buscaría, por el contrario, en la voluntad negativa expresada, que aparecería, como tal, no influenciada. Frente a esta orientación legislativa se oponen sectores jurisprudenciales que han transpuesto más o menos, conscientemente, antiguos estereotipos relacionados con las expectativas de rol vinculadas a la cultura de la

²⁴ Vid. S.J. MACHLUS, *La palabra más sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*, Barcelona, 2019; A. MALÓN, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Pamplona, 2020; P. FARALDO, “Sol sí es sí”. *Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, en M. ACALE SÁNCHEZ, A.I. MIRANDA, A. NIETO MARTÍN (coord.), *Reformas penales en la península ibérica*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Penal y Procesal penal, 10, 2021.

²⁵ C. SERRA, *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024, págs. 17 ss.

violación del mundo clásico en el que la violación representaba un rasgo estilístico del léxico, de la mitología de los orígenes, destinado a justificar momentos fundacionales de una comunidad, como es el caso de Lucrecia, que marcó la transición de la Roma real a la republicana²⁶.

En el caso de Lucrecia, existe tanto la violencia sexual erótica, dirigida a Lucrecia, como la violencia política, infligida por el príncipe etrusco a la *civitas* cuyas reglas no fueron respetadas.

La violación política se considera una conducta perjudicial, ya que se dirige contra una comunidad o un grupo familiar; la violación seductora, en cambio, viene circunscrita a un patrón natural que el hombre debe respetar empleando un cierto coeficiente de fuerza física para hacer suya a la mujer, quien, incapaz de superar la cultura de la sospecha, se ve obligada a suicidarse.

En estos términos, el mito teoriza la *vis* masculina combinando la experiencia sexual en una relación inseparable de la coerción física.

²⁶ En general, ha cuestionado recientemente la relación entre derecho y violencia P. PASQUINO, *Transazioni brusche. Prime riflessioni su violenza e ius*, en *TSDP*, Numero speciale, 2022, 1-26; más sobre el episodio de Lucrecia vid. Liv., *ab Urbe condita* 1.58; en doctrina M. LENTANO, *Lucrezia. Vita e morte di una matrona romana*, Roma, 2021, *passim*; G. BRESCIA, M. LENTANO, *Scrivere di donne in Roma antica. La letteratura latina in ventuno figure femminili*, Roma, 2024, § 15.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DE LA MORAL A LA LIBERTAD PERSONAL

La elección del legislador italiano parece tener en su filigrana una concepción de la mujer como en el pasado orientada hacia una finalidad que trasciende a la propia persona y que se identifica con la perpetuación de la especie en el marco de un contexto matrimonial codificado a imagen de le *iustae nuptiae* teorizada por el derecho romano.

En la experiencia jurídica romana, en efecto, la mujer era titular de un *status subjetivo reticular* construido a través del entramado de relaciones potestativas protegidas por el ordenamiento jurídico; la protección de la libertad individual se resolvía con la protección de las libertades específicas inmanentes al *status* del individuo, y en correlación con la posición funcional asumida por éste.

En el caso de la actividad sexual de la mujer, no se trataba de reconocer y proteger una esfera de su libertad, sino de vincular su ejercicio a una finalidad política, ya que esta actividad debía tener lugar en un contexto legítimo que respetara la sujeción de la mujer a la *potestas* de su marido o *pater* y que tuviera por objeto asegurar la procreación.

Tal posición ideológica fue plenamente absorbida por la legislación augustea en la que las incriminaciones por *stuprum* o *adulterium* se concebían, en mi opinión, dentro de un sistema de valores construido en términos gradualistas, caracterizado por una constante perjudicial y algunas variables de gravedad; la constante era la relación sexual, cuya ofensividad no dependía de la voluntad de la mujer, sino de su condición: si la mujer era libre, era una violación del vínculo potestativo al que estaba sujeta, lo que podía llevar a una *turbatio sanguinis*, baste pensar en la unión con una mujer cuyo marido hubiera muerto recientemente; si estaba casada, era una violación de la autoridad marital²⁷.

En todo caso, creo que el contenido ofensivo del hecho gravitaba en la relación sexual ilegítima, más que en la *vis*, puesto que no se focalizaba una protección directa sobre la mujer: el delito sexual que la involucraba se dirigía, en realidad, a un interés superior, de carácter supraindividual: la *pudicitia* y el orden de la *familia*.

Y es en el pensamiento jurídico que se construyó a partir del derecho romano, donde parece verificarse este relieve si nos fijamos en la experiencia jurídica a partir de mediados del siglo XIX, en la que el abuso sexual con violencia adquiere connotaciones de distinta

²⁷ El interés por las vírgenes podría justificarse por la evolución de la edad media del primer matrimonio de una mujer, una media cada vez más elevada, o como reacción a los matrimonios demasiado precoces. Sobre este tema vid. I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013.

gravedad en exclusiva relación con el estatuto jurídico de la mujer: cuanto más intenso es el constreñimiento de destino al que está sometida, más grave parece la violación cometida contra ella; como prueba de ello, por otra parte, el debate sobre la punibilidad de la violación contra una prostituta ha sido tema de debate durante mucho tiempo, precisamente porque, tratándose de una persona de destino sexual no constreñido, era difícil captar la ilicitud del acto.

Y aunque la pervivencia de tal sustrato ideológico es inaceptable en sistemas jurídicos en los que la actividad sexual es expresión de la libertad de la persona, los módulos originarios perviven tenazmente y marcan las estructuras del tejido normativo mucho más de lo que la confianza optimista en la capacidad reformadora de los principios haría creer.

De ahí la necesidad, hoy como entonces, de una violencia que haga hincapié en la *contrectatio* de la persona, sobre el supuesto implícito de que la persona debe disentir resistiéndose a la iniciativa del agente, dada la insuficiencia de la mera expresión de una voluntad contraria para integrar el caso.

La falta de una definición precisa del *adulterium* y del *stuprum* en la legislación, marcó, en el derecho romano, creo, el desinterés de la jurisprudencia por una cierta tipificación del delito e indujo a ésta a reconducir el crimen a una forma de *vis* que lo vinculaba, de hecho,

a la ilicitud de la relación sexual. Esto puede explicar la absorción progresiva del *stuprum* violento en la *lex Iulia de vi publica* atestiguada por dos fragmentos, uno de *Marcianus* y otro de *Ulpianus*:

D. 48.5.30(29).9 (Ulp. 4 de adult.). *Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est;*

D. 48.6.3.4 (Marcian. 14 inst.). *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit.*

El paso aplicativo de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* a la *lex Iulia de vi* se reduce así a un abandono de la dinámica del *crimen commune* y de la punibilidad de la mujer.

Y es, precisamente, el uso constatado de la *vis* lo que constituye en la literatura jurídica romana el factor discriminante para establecer la culpabilidad o inocencia de la mujer en los casos de *stuprum*.

Para exonerarse de responsabilidad, la mujer debía demostrar que había sido objeto de violencia, de modo que el elemento de la *vis* fue adquiriendo la apariencia de una causa eximente por la que se concedía a las víctimas de violación la posibilidad de defenderse de

la acusación de adulterio probando que habían sido obligadas a mantener relaciones sexuales por la fuerza.

4. LA PUELLA VACILANTE DE OVIDIO.

Es sobre la evidencia liberadora de la mujer que desde el derecho romano los estereotipos ideológicos han expresado una peligrosa resistencia, se piensa en la fortuna del prejuicio sobre la reticencia femenina simulada teorizado por Ovidio²⁸ y que resurge entre las líneas de los juicios contemporáneos.

En los versos del *Ars amatoria*, Ovidio sugiere no rendirse ante la primera reticencia de la doncella y no contentarse con unos pocos besos robados, mientras ella lucha por ser conquistada.

Ov., *ars* I.661-678: *Quis sapiens blandis non misceat oscula verbis? / Illa licet non det, non data sume tamen. / Pugnabit primo fortassis et "inprobe" dicet; / pugnando vinci se tamen illa volet; / tantum ne noceant teneris male rapta labellis, / neve queri possit dura fuisse cave. / Oscula qui sumpsit, si non et cetera sumpsit, / haec quoque, quae data sunt, perdere dignus erit. / Quantum defuerat pleno post oscula voto? / Ei mihi! Rusticitas non pudor ille fuit. / Vim licet appelles, grata est vis ista puellis; / quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt. / Quaecumque est Veneris subita violata rapina, / gaudet et improbitas muneris instar habet; / at quae cum*

²⁸ Sobre la preparación jurídica del poeta vid. P. LAMBRINI, *Ovidio giurista*, in L. GAROFALO, F. GHEDINI(Coord.), *Ovidio e i Fasti. Memorie dall'antico*, Venezia, 2021,págs. 200-217.

*posset cogi, non tacta recessit, / ut simulet vultu gaudia, tristis erit. / Vim
passa est Phoebe, vis est allata sorori; / et gratus raptae raptor uterque fuit.*

En sus versos, el poeta *didaskalos* compone una especie de “*etiqueta del cortejo*” en la que explica cómo en el código del cortejo la resistencia femenina es, a menudo, una hábil ficción dictada por el deseo de la mujer de preservar su honor social adhiriéndose, ficticiamente, a las reglas de conducta del *mos maiorum*. Es una resistencia que en el código inter semiótico silencioso y compartido satisface el sistema de expectativas de la sociedad patriarcal, y a la vez se sitúa en un plano de hipocresía porque oculta las verdaderas intenciones de la supuesta víctima²⁹.

Prejuicios que se han generalizado en el derecho contemporáneo, en el que la exigencia normativa de la violencia era establecido en un contexto, en el que la relación sexual con una mujer casada estaba intrínsecamente prohibida; por lo tanto, como consecuencia de esta ilegalidad básica, la víctima de una agresión sexual debía luchar, como las mujeres romanas, para defender su propio honor y el de su familia y demostrar así que no era parte en el delito.

La constatación estricta de una violencia física irresistible era una garantía de la ausencia de adhesión interna de la mujer a la relación

²⁹ Vid. G. BRESCIA, *La donna violata*, op. cit., pág.40; EAD., *Elena e l'alibi della violenza*. (Ovidio, *Heroides* 16-17), en *Revista de Estudios de las Mujeres*, 2, 2014, págs. 237-255.

sexual. De hecho, la exigencia de un grado cualificado de fuerza acaba generando, inexorablemente, hoy día, una especie de inversión de la carga de la prueba, trasladando a la víctima la tarea de demostrar que estaba decidida a resistirse por todos los medios, con los que física y psíquicamente contaba y, que sólo fue vencida por una fuerza insuperable y no inducida al acto por una violencia seductora. Aquí, la constante referencia de la doctrina y la jurisprudencia a la resistencia simulada se hace eco de la lógica de la *vis grata puellis* de Ovidio.

En las sentencias modernas que aceptan este principio, la verificación judicial ha sido especialmente meticulosa para excluir la relevancia penal de la conducta puesta en marcha en las hipótesis en las que, según indica la Corte di Cassazione italiana:

«la víctima, después de haberse resistido a la violencia empleada, dejándose finalmente dominar por el amor y la excitación de los sentidos, se abandonó al coito».

La doctrina italiana de principios del siglo XX (por ejemplo, el gran jurista Francesco Carrara³⁰), en continuidad con la de finales del siglo anterior, también negó la relevancia penal de la *vis grata puellis*.

³⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale, II*, Lucca 1873³, pág. 309.

La orientación de la *vis atrox* fue aplicada durante décadas por los Tribunales italianos y sólo se abandonó gradualmente a partir de los años sesenta; sin embargo, la irrelevancia penal de la *vis grata puellis* siguió resurgiendo cíclicamente en algunas decisiones.

En 1998, por ejemplo, con la controvertida sentencia conocida como la “*sentencia de los blue-jeans*” (Cass. pen., Sec. III, 6 de noviembre de 1998 y depositada el 10 diez de febrero de 1999)³¹, la Corte di Cassazione, adhiriéndose una vez más al paradigma de la *vis grata puellis*, gravó a la víctima de violación con una resistencia que debía traducirse necesariamente en una forma de oposición enérgica, visible y combativa. Según la *Corte di Cassazione*, en efecto:

«es un hecho de experiencia común que es casi imposible quitar parte de los pantalones vaqueros de una persona sin su cooperación activa, puesto que se trata de una operación que ya es, en sí, muy difícil para el usuario».

³¹ Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1998 (dep. 10 febbraio 1999), n. 1636. En doctrina vid.M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, págs. 692 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, págs. 2197 ss.; V. CARBONE, *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla vis grata puellae?*, in *Corr. giur.*, 3, 1999, págs. 371 ss.; A. NAPPI, *I jeans e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, págs. 1 ss.; P. RENON, *I jeans... stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, págs. 7 ss.

En algunas sentencias, han resurgido razonamientos como el siguiente:

«un acto inicial de fuerza o violencia [...] no constituye violencia real, dado que las mujeres, especialmente entre la población de extracción social baja o bajo nivel cultural, quieren ser conquistadas incluso con maneras bruscas, tal vez, para crear una especie de coartada para ceder a los deseos del hombre»³².

La interpretación tradicional de la noción de violencia sólo se ha puesto en tela de juicio desde mediados de los años sesenta, cuando varias decisiones de la Corte di Cassazione italiana, paralelamente al establecimiento de la libertad sexual como bien jurídico de referencia, empezaron a abandonar la pretensión de una fuerza imparable.

El modelo de *vis atrox* ha evolucionado hacia otro menos estricto, basado, de hecho, en el uso de la fuerza física. De los dos elementos de la definición restrictiva de la violencia - la extrusión de energía sobre el cuerpo de la víctima y el carácter irresistible de la misma - sólo sobrevivió el primero: según precisó la Corte di Cassazione, el uso de la fuerza «de cualquier grado e intensidad» debía

³² Vid. Trib. Bolzano, 30 Junio 1982; en doctrina L.D. CERQUA, *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982*, en *Giurisprudenza di merito*, 1984, págs. 135.

considerarse suficiente para la consumación del delito, siempre que se «superpusiera a la resistencia física de la otra parte»³³.

En esta primera fase de retracción de la orientación tradicional, el límite mínimo de la oscilación interpretativa seguía estando constituido por la *vis grata puellis*, de la que algunas sentencias seguían excluyendo la relevancia penal como forma de violencia ‘menor’, mientras que, el gravamen de la resistencia seguía recayendo firmemente en la figura femenina, llamada a merecer protección penal.

A día de hoy existen sentencias como la del Tribunal de Lodi, dictada el 14 de noviembre de 2013 que absolvió al violador basándose en que la víctima le había dejado llevarla en coche hasta su casa, lo que a ojos de los jueces, era prueba de una voluntad incompatible con una relación no consentida³⁴; a este respecto, la Corte di Cassazione declaró que el consentimiento no podía, en modo alguno, inferirse directamente del hecho de que la víctima no opusiera resistencia efectiva al agresor: tanto la ausencia de lesiones personales en el cuerpo de la víctima como el comportamiento sumiso, incluso después del abuso, debían considerarse irrelevantes a la vista del estado de miedo en que se encontraba³⁵.

³³ Vid. Cass. pen., 19 novembre 1965.

³⁴ Revocada (acertadamente) por el Tribunal de Apelación de Milán en su sentencia de 22 de enero de 2019.

³⁵ Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2000, nr. 1911.

En este punto, para superar la rigidez de la norma, que parecería configurar el delito de violencia sexual como un delito restringido, la jurisprudencia ha ido proporcionando interpretaciones cada vez más amplias de la conducta tipificada, hasta privarla de un efectivo alcance selectivo.

En este sentido, son emblemáticas las advertencias expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia *M.C. contra Bulgaria*, del 4 de diciembre de 2003³⁶.

Los jueces de Estrasburgo recuerdan que, históricamente, las pruebas de conducta violenta por parte del agresor, así como de resistencia por parte de la víctima, han sido consideradas durante mucho tiempo requisitos típicos del delito de violencia sexual en muchos países, pero, hoy en día, ya no pueden ser consideradas como tales por los Estados miembros, por lo que toda referencia a la fuerza física debe eliminarse del Derecho. Pues bien, si ahora se acuerda que el consentimiento de la víctima no puede inferirse de otros elementos que no sean el propio consentimiento, que debe ser libre de formación y estar claramente expresado, parece deseable una reforma centrada exclusivamente en el consentimiento de la persona ofendida.

³⁶ Vid. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-attendibilita-vittima-consenso> violencia-sessuale.

Intervenir en la redacción del artículo 609-bis del Código Penal eliminando la referencia a la violencia y las amenazas podría, sin embargo, presentar perfiles problemáticos en relación con la prueba del delito, al desplazar todo el eje de valoración hacia la persona ofendida y su falta de consentimiento. Por otro lado, la redacción actual (que, por lo demás, consta también de un relevante párrafo segundo, relativo a la hipótesis de inducción al acto sexual) permite mantener el foco de atención en el comportamiento del agente, que debe ser probado en sus características ilícitas, que se encuentran adecuadamente en la violencia y la amenaza. Esto, además, supone excluir implícitamente cualquier forma de consentimiento. Para salvar las disposiciones del código y ajustarse a la legislación europea, y no sólo en este aspecto, la noción de violencia, como ya se ha mencionado, se ha ampliado progresivamente para incluir el ejercicio de cualquier energía que implique una invasión no deseada -o en cualquier caso no autorizada- de la esfera sexual de otra persona.

A la opinión pública esto probablemente le parezca un exceso, pero incluso un beso no deseado en los labios ha sido considerado reiteradamente como un acto violento (precisamente en los términos de la norma en cuestión), porque, aunque “no duele” según la comprensión común del concepto de violencia, no deja de constituir una lesión de la dimensión sexual que nunca ha sido consentida por la persona ofendida. En casos similares a éste, la jurisprudencia

considera que la conducta es violenta porque el gesto no se realizó en presencia de un disentimiento explícito, que se presume, sino con un carácter totalmente artero y repentino, por parte de una persona que ni siquiera pretendía 'interpelar' a la ofendida, tocando su esfera sexual con tal rapidez que ésta no se vio en condiciones de comprender lo que estaba ocurriendo, y mucho menos de reaccionar.

Es precisamente la previsión expresa de violencia y amenaza (como, repito, de inducción) lo que permitiría, por tanto, evitar salir de las peligrosas zonas grises, que podrían producirse si se exigiera la prueba del "no consentimiento".

Piéñese, entre otros, en los casos de violencia sexual cometida sobre una persona absolutamente incapaz de comprender la existencia misma del acto (por estar en coma, dormida, drogada, etc.), del que puede incluso no tener recuerdo alguno al día siguiente (caso que dista mucho de ser aislado).

En esta hipótesis, el delito se comete precisamente porque hay violencia, entendida como una invasión de la esfera sexual realizada "más allá" de la cuestión del consentimiento, que es totalmente indiferente para el autor: el delito, por tanto, se castiga no porque se haya producido contra la voluntad (no habrá que aportar ninguna

prueba de ello), sino porque se ha producido con violencia, 'obviando' radicalmente cualquier comprobación al respecto.

Por último, me gustaría observar que las absoluciones de los acusados en estos juicios suelen estar vinculadas a un ofendido cuya fiabilidad no ha surgido en términos tranquilizadores. Quiero subrayar que la absolución suele derivarse no de la idea de que el ofendido, en definitiva, agradeció el ejercicio de esa fuerza, sino de que sus palabras dejan dudas residuales sobre el curso real de los acontecimientos.

Se trata, pues, como siempre, de una cuestión de prueba y de su valoración prudente y razonada, lo que constituye una garantía indispensable para la estabilidad del sistema, y en primer lugar para el justiciable.

Si, por tanto, las reservas de naturaleza procesal sobre la novedad de la norma son más bien objeto de fructífera discusión, totalmente inaceptables aparecen los insidiosos estereotipos que las investigaciones empíricas presentan como altamente circulantes a nivel social, indisolublemente ligados a expectativas de rol³⁷ que, al legitimar determinados comportamientos masculinos, acaban

³⁷ G. [SUÁREZ BLÁZQUEZ](#), G., *La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género"*, en *RIDROM*, 30, 2023, 387-445.

contaminando e impidiendo una visión auténticamente consensuada e igualitaria de las relaciones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BALDERSTON D., *Los marginal es lo más bello. Borges en sus manuscritos*, Buenos Aires, 2022.

BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969.

BALZARINI M., *Violenza (Diritto romano)*, en *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 830-843.

BARCHIESI M., *Nevio epico*, Padova, 1962.

BERTOLINO M., *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 694-710.

BONIFAZI A., *Institutiones criminales, Venetiis*, 1768.

BORGES J.L., *Finzioni*, Milano, 2003.

BOTTA F., '*Stuprum per vim illatum*'. *Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d.C.*, in BOTTA F., LUCREZIO F., RIZZELLIG., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2016³, pp. 87-157.

BOTTA F., "*Per vim inferre*". *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004.

BOTTA F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996.

BRASIELLO U., *Incesto. Diritto romano*, en *NNDI*, VIII, Torino, 1962, págs. 499 ss.

- BRAUDEL F., *Storia e scienze sociali. La "lunga durata"*, in F. BRAUDEL (Coord.), *La storia e le altre scienze sociali. Antologia degli "Annales"*, Roma-Bari, 1982, pp. 162.
- BRAVO BOSCH M.J., *El iudicium domesticum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, págs. 1-30
- BRAVO BOSCH M.J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana, Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Vigo, 2017.
- BRÉLAZ C., *Lutter contre la violence à Rome: institutions étatiques et tâche privées*, en C. WOLFF (Coord.), *Les Exclus dans l'Antiquité. Actes du colloque organisé à Lyon les 23-24 septembre 2004*, París, 2007, pp. 219-239.
- BRESCIA G., *Elena e l'alibi della violenza. (Ovidio, Heroides 16-17)*, en *Revista de Estudios de las Mujeres*, 2, 2014, pp. 237-255.
- BRESCIA G., *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce, 2012.
- BRESCIA G., LENTANO M., *Scrivere di donne in Roma antica. La letteratura latina in ventuno figure femminili*, Roma, 2024.
- BUONGIORNO P., *Storia di un dialogo. La data della lex Iulia de adulteriis*, en P. BUONGIORNO, S. LOHSSE (Coord.), *Fontes Iuris. Actas de la VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 de marzo de 2012*, Napoli, 2013, pp. 274-290.
- CARBONE V., *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla vis grata puellae?*, in *Corr. giur.*, 3, 1999, pp. 371-375.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale, II*, Lucca 1873³.
- CAZZETTA G., *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, 1999.
- CERQUA L.D., *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982*, en *Giurisprudenza di merito*, 1984, pp. 135-

139.

COSSA G., *Attorno ad alcune aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, en *SDHI*, LXXIV, 2008, pp. 209-308.

DALLA D., *“Ubi Venus mutatur”*. *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987.

DE CRISTOFARO C., *Inpudicus. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al principato*, Napoli, 2022.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES A., [La mujer en las constituciones de Constantino recogidas en el Código de Justiniano](#), en *RIDROM*, 30, 2023, pp. 133-159.

FARALDO CABANA F., ACALÉ SÁNCHEZ M. (Dir.); RODRÍGUEZ LÓPEZ R., FUENTES LOUREIRO M.A. (Coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018.

FARALDO P., *“Sol sí es sí”*. *Hacia un model comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, en ACALÉ SÁNCHEZ M., MIRANDA A.I., NIETO MARTÍN A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Penal y Procesal penal*, 10, 2021.

FIORI R., *Materfamilias*, in *BIDR*, 96-97, 1996, pp. 455-498.

FISCHEL J.J., *Screw Consent. A Better Politics of Sexual Justice*, Oakland, 2019.

FLORES E., *Latinità arcaica e produzione linguistica*, Napoli, 1978.

FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito* (Altea-Alicante, 2004), en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 10, 2021 (*Derecho penal romano / coord. por Domínguez Tristán P., Panero Oria P.*), pp. 595-618.

FUSCO S., *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della*

- donna romana*, in *RIDA*, 65, 2018, pp. 105-124.
- FUSCO S., *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.
- GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990.
- GRAZIOSI M., *Infirmetas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 33, 1993, pp. 99-143.
- GUARINO A., *Studi sull'incestum*, en ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, pp. 180-261.
- IACOVIELLO F.M., *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1047-1060.
- KUNKEL W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, pp. 219-251.
- LAMBERTINI R., «*Stuprum*» violento e ratto, in *Index*, 36, 2008, pp. 505-524.
- LAMBERTINI R., *Poteva il marito perdonare la moglie adultera nel diritto romano tardoantico?*, en *KOINΩNIA*, 43, 2019, pp. 587-599.
- LAMBRINI P., *Ovidio giurista*, in GAROFALOL., GHEDINIF. (Coord.), *Ovidio e i Fasti. Memorie dall'antico*, Venezia, 2021, págs. 200-217.
- LÁZARO GUILLAMÓN C., [*La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico*](#), en *RIDROM*, 28, 2022, pp. 275-394.
- LENTANO M., *Lucrezia. Vita e morte di una matrona romana*, Roma, 2021.
- LONGO G., *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto. Diritto civile e diritto romano*, III, Padova, 1970, pp. 453-535.

- MOLÈ M., *Stuprum*, en *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, pp. 582-587.
- LUCREZI F., *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II*, Torino, 2004.
- MACHLUS S.J., *La palabra máa sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*, Barcelona, 2019.
- MALÓN A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Pamplona, 2020.
- MANFREDINI A.D., *La donna incestuosa*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., Sezione V, Scienze giuridiche, I, 1987, pp. 11-28.
- MIGLIARESI M., *Note sulla lex Scantinia: legge comiziale?*, in *Iura*, 55, 2004, pp. 4-32.
- MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
- NAPPI A., *I jeans e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, pp. 1-8.
- PADOVAN M., *Il soggetto passivo*, en GAROFALO L. (Coord.), *Diritto Penale Romano. Fondamenti e Prospettive. I. Le discipline generali I*, Napoli, 2022, pp. 279-320.
- PASQUINO P., *Transazioni brusche. Prime riflessioni su violenza e ius*, en *TSDP*, Numero speciale, 2022, pp. 1-26.
- PENNACCHIO C., *Lex Cornelia de sicariis et venefici(i)s. Per una storia dell'impatto della violenza sull'opinione pubblica. I. Contesto storico, personaggi, norma e parole chiavi*, Torino, 2023.
- PIRO I., *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013.
- PONTI G., MERZAGORA I., *Sessualità, cultura e delitto*, en CANEPAG., LAGAZZIM. (Coord.), *I delitti sessuali*, Padova, 1988, pp. 32-52.
- PUGLIESE G., *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*.

A proposito della lex Iulia de vi publica, Torino, 1939.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1961.

REDUZZI F., *Il concetto di vis tra diritto privato e repressione criminale*, en *Anales de historia antigua, medieval y moderna*, 55.2, 2021, pp. 37-44.

RENDAC., *La «Lex Plautia de vi»: problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, pp. 473-487.

RENON P., *I jeans... stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, pp. 7-9.

RIZZELLI G., *In has servandae integritas custodias nulla libido inrumpet (Sen. Contr. 2.7.3)*, en in BOTTAF., LUCREZIF., RIZZELLIG., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2003², pp. 149-199.

RIZZELLI G., *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997.

RIZZELLI G., *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma antica. Nota per una storia degli stereotipi*, en HOEBENREICHE., KUEHNEV., LAMBERTI F. (Coord.), *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre genero*, Lecce, 2012, pp. 295-377.

RODRÍGUEZ LÓPEZ R., *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018.

SERRA C., *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024.

SINOGOWITZ B., *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athinai, 1956.

SPAGNUOLO VIGORITA T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010³.

SPAGNUOLO VIGORITA T., *La data della lex Iulia de adulteriis*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 79-96.

SUÁREZ BLÁZQUEZ G., [La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género"](#), en RIDROM, 30, 2023, pp. 387-445.

TORRENT A., [Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium](#), en RIDROM, 17, 2016, pp. 238-301.

TREGGIARI S.M., *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991.

VALMAÑA A., [Recensión a Rosalía Rodríguez, La violencia contra las mujeres en la antigua Roma, Dykinson, Madrid, 2018](#), en RIDROM, 23, 2019, pp. 447-453.

VITZTHUM W., *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der Lex Plautia und Lex Iulia de vi*, München, 1966.

VOLTERRA E., *Intorno a D. 48.5.44 (43)*, en ID., *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1991, pp. 521-535.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 27/09/2024	Fecha de aceptación: 16/10/2024
Palabras clave: <i>Enfermedad mental, incapacidad de obrar, curador, Siete Partidas, Juana I</i>	Keywords: <i>Mental illness, legal incapacity, Guardian, Siete Partidas, Juana I</i>



LA ENFERMEDAD MENTAL COMO CAUSA MODIFICATIVA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR A PARTIR DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ESPAÑA

MENTAL ILLNESS AS A MODIFYING FACTOR OF LEGAL CAPACITY FROM THE RECEPTION OF ROMAN LAW IN SPAIN

Nerea Hernanz Montalvillo

Investigadora predoctoral
Universidad de Valladolid

ORCID : <https://orcid.org/0009-0009-1848-6225>

(HERNANZ MONTALVILLO, Nerea. La enfermedad mental como causa modificativa de la capacidad de obrar a partir de la recepción del derecho romano en España. RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 270-297. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

En el presente trabajo vamos a analizar la regulación jurídica que las Siete Partidas establecen de la enfermedad mental como causa modificativa de la capacidad de obrar. Como es sabido, este Código es el principal vehículo de recepción del Derecho romano en Castilla, por lo que la normativa que recoge es la contenida en el Digesto y en las distintas partes de la Compilación Justiniana, que determinaban que el enfermo mental podía tener intervalos lúcidos y que, en todo caso, debía estar sometido a curatela. A continuación, nos ocuparemos del caso concreto de Juana de Castilla, a la que, por su presunta locura, apartaron de la dirección efectiva de sus reinos por considerarle inhábil para gobernar, y examinaremos, analizando la documentación y las crónicas, si llegó a declararsele incapaz de obrar por su supuesta enfermedad y si se le nombró un curador.

Abstract:

In this paper, we will study the legal regulation established by the Siete Partidas regarding mental illness as a modifying factor of legal capacity. This Code is the main vehicle for the reception of Roman law in Castile, and the regulations it contains are those found in the Digest and the various parts of the Justinian Compilation. These state that the mentally ill could have lucid intervals and, in any case, had to be placed under guardianship. We will next address the specific case of Juana of Castile, who, due to her presumed madness, was removed from the effective leadership of her kingdoms because she was considered unfit to govern. We will examine, by analyzing the documentation and the chronicles, whether she was ever declared incapable of acting due to her supposed illness and whether a guardian was appointed for her.

Sumario: 1- La enfermedad mental en el Código de las Siete Partidas. 2- Estudio de un caso concreto. La posible enfermedad mental de Juana de Castilla. 3- Índice de fuentes. 4- Bibliografía.

1- La enfermedad mental en el Código de las Siete Partidas

El vehículo de transmisión de la Compilación Justiniana en Castilla durante la Edad Media fue sin duda alguna el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, de manera que es precisamente en esta Ley donde se suele colocar el punto máximo de la recepción del Derecho romano en Castilla, y por ende después en España¹.

El tratamiento jurídico de la enfermedad mental en las Siete Partidas² acoge la regulación que al respecto contiene el Digesto, y en general las distintas partes de la Compilación Justiniana³.

¹ D'ORS, A., "La singularidad de España en la historia jurídica de Europa", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 13 (1989-1990), p. 158.

² ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., "Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas", en *Glossae European Journal of Legal History*, núm. 3 (1992), pp. 135 y ss. A la misma conclusión llega ARÉVALO CABALLERO, W., "Excepciones a la incapacidad de obrar del impúber y del *minor sui iuris* y su recepción en Derecho español", *RIDROM*, 6, 2011, p. 97, (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17948/14732>) en relación, esta vez con la tutela de los impúberes y la curatela de los menores de veinticinco años.

³ *Vid.* al respecto las notas y comentarios que se introducen por Sanponts y Barba, I., Martí de Eixalá, R., y Ferrer y Subirana, J., en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, 4 tomos, Barcelona, 1843-1844 (disponibles en AZAUSTRE

Y así las Siete Partidas establecen que el loco o desmemoriado no puede obligarse de ninguna forma en el siguiente texto: «Otrosi, el ome que es fuera de su seso, non faze ningun fecho endereçadamente: e por ende non se puede obligar, porque non sabe, nin entiende pro, nin daño»⁴. Exactamente igual que las Instituciones de Justiniano afirmaban que el loco no puede realizar ningún negocio jurídico porque no entiende lo que hace⁵.

Del mismo modo, las Siete Partidas aluden a que el loco permanente no puede contraer matrimonio; ahora bien, si se trata de un loco con periodos de lucidez es válido el matrimonio que contraiga encontrándose en uno de estos periodos⁶, acogiendo así la teoría de

FERNÁNDEZ, M.J. -LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fuentes del Derecho romano online*, BOE, 2022 vol. I, p. 51 (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266)

- ⁴ Partidas. VII, 34, regla IV “Como, e porque, el que es fuera de seso, non se puede obligar”. *Vid.* al respecto comentarios 8 y 9 a dicha regla en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, Tomo IV, cit. p. 443.
- ⁵ I. 3,19,8: «*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quid agit*». En este sentido, ya las Instituciones de Gayo recogían: «*quia non intellegit quid agit*» (Gai. 3,106).
- ⁶ Partidas. IV,2,6 “Quales pueden casar en uno, e quales non”: «Otrosi el que fuese loco, o loca, de manera, que nunca perdiesse la locura, non puede consentir, para fazer casamiento, maguer dixesse aquellas palabras por que se faze el casamiento. Pero si alguno fuese loco a las vezes, e despues tornasse en su acuerdo, si en aquella sazón que fuese en su memoria consintiesse en el casamiento, valdria». Sobre la posición del enfermo mental en la esfera matrimonial en el Derecho romano *vid.* AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J., “La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las leyes 41/2003 y 15/2005”, *RIDROM*, 18, 2017, p. 250 ss.

los intervalos lúcidos que se plasma en el Digesto, según la cual los actos realizados por el *furiosus* en ese periodo son plenamente válidos⁷.

Asimismo, las Siete Partidas manifiestan que el desmemoriado no puede hacer testamento mientras estuviera en dicha situación: «Otrosi, el que fuesse salido de memoria, non puede fazer testamento, mientras que fuere desmemoriado...»⁸; lo cual concuerda con lo que establecía al respecto el Derecho romano cuando aseveraba que el *furiosus* no puede hacer testamento, pero son válidos los testamentos hechos por el mismo en intervalos de lucidez o antes de caer en locura⁹.

Por otra parte, las Siete Partidas regulan que el loco o desmemoriado no puede adir la herencia, e indica que son sus curadores los que, si estiman que es beneficiosa para el que tienen bajo su guarda, pueden entrar en posesión de la misma en nombre de éste¹⁰. Siguiendo en este sentido el texto alfonsino la solución

(<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18097/14873>)

⁷ D. 1,18,14, D. 3,1,39 pr., D. 21,1,1,10, D. 24,3,22,7, D. 28,1,20,4 y D. 29,2,60. Vid. al respecto comentario 38 a la citada ley en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, Tomo II, cit., p. 930.

⁸ Partidas. VI, 1,13 “Quien puede fazer testamento, e quien non”.

⁹ I. 2,12,1. Vid. al respecto comentarios 61 y 62 a la citada ley 13 en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, Tomo III, cit., p. 411.

¹⁰ Partidas. VI,6,13, “Quales omes, que son establecidos por herederos, pueden tomar, e ganar la herencia por si; e quales por otorgamiento de otri”: «Puede

recogida en el Código de Justiniano¹¹, y sobre todo plasmando de forma inequívoca que, al igual que ocurría en Roma, el loco o desmemoriado está sometido a curatela¹².

En definitiva, la regulación de la enfermedad mental como causa modificativa de la capacidad de obrar, que se efectúa en las Siete Partidas, es en su mayor parte una transcripción de los textos justinianeos.

2- Estudio de un caso concreto. La posible enfermedad mental de Juana de Castilla

ganar, e entrar la herencia, quel pertenesce por testamento, o de otra manera derecha, todo ome que non es sieruo, e que non es en poder de padre, e que non es desmemoriado... Mas si el heredero fuesse desmemoriado, o loco, o menor de siete años, non podria ganar por si mismo la heredad quel pertenesciesse, nin auerla; pero aquellos que lo ouiesse en guardar, la pueden entrar en nome del, si entendieren que les es prouechosa».

¹¹ C. 5,43,7,3. Vid. al respecto comentarios 85 y 96 a la citada ley 13 en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, Tomo III, cit., pp. 524 y ss.

¹² La curatela de los locos aparecía ya en la Ley de las XII Tablas: «*Si furiosus, escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentilumque in eo pecuniaque eius potestas esto*» (Tab. 5.7a y 5.7b). En relación con este tipo de curatela vid. BERNAD MAINAR, R., "La tutela y la curatela en el Derecho romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad", *RIDROM*, 30. 2023, pp. 23 ss. (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17948/14732>).

Un caso particular que merece nuestra atención es la “supuesta” locura de Juana I de Castilla. Doña Juana es uno de los personajes con más relevancia en la Europa de la primera mitad del siglo XVI. Fue primero, por su matrimonio con don Felipe de Habsburgo, Archiduquesa de Austria y Duquesa de Borgoña; posteriormente, y tras una serie de tragedias familiares¹³, fue jurada heredera de las coronas de Castilla y de Aragón; se convirtió después de la muerte de su madre Isabel en reina de Castilla y más adelante, tras la de su padre Fernando, en reina de Aragón. Y, a pesar de ostentar todos estos títulos de soberanía, nunca gobernó, argumentando las personas que lo hicieron en su nombre –su esposo, su padre y su hijo– que se encontraba enferma e impedida para ejercer tal función.

Pero ¿padecía realmente Juana I una enfermedad mental, y en consecuencia se le aplicó la normativa jurídica que acoge el texto alfonsino?; o más bien ¿fue víctima de una conspiración de quienes le rodeaban para impedir que gobernara, usando su hipotética locura como una simple excusa con el fin de no permitirle reinar?

¹³ Los fallecimientos del Príncipe don Juan en 1497, de la Princesa doña Isabel en 1498 y del hijo de ésta, don Miguel, en 1500, que el cronista Andrés Bernáldez describió como los tres cuchillos de dolor que traspasaron el corazón de la reina Isabel (BERNÁLDEZ, A., *Historia de los Reyes Católicos D. Fernando y D.^a Isabel. Crónica inédita del siglo XV*, Tomo II, Imprenta y librería de D. José María Zamora, Granada, 1856, p. 16).

A ello dedicaremos las próximas líneas con la única pretensión de arrojar luz sobre una cuestión muy debatida, y en la cual no conviene extraer conclusiones de forma precipitada.

Doña Juana nació en Toledo el 6 de noviembre de 1479, apenas unos meses después de que su padre don Fernando asumiese el trono de la corona de Aragón. A su vez, su madre doña Isabel era la reina titular de Castilla desde 1474. Fue la tercera hija de entre los cinco que tuvieron los Reyes Católicos –Isabel, Juan, Juana, María y Catalina–, por lo que la posibilidad de que ella heredase los reinos de sus progenitores era bastante remota. En consecuencia, la escrupulosa y cuidada educación que recibió¹⁴ fue la propia de una infanta castellana, a la que se casaría con un soberano o gran señor de otro reino europeo y no la de una futura reina propietaria.

El matrimonio de doña Juana con el archiduque Felipe de Habsburgo¹⁵, celebrado el 21 de octubre de 1496 en Lille, se concertó en el marco de la política de alianzas matrimoniales desarrollada por los Reyes Católicos. En virtud de la misma, éstos negociaron los matrimonios de cada uno de sus hijos con miembros de las dinastías Avis, Habsburgo y Tudor, creando una potente red diplomática que

¹⁴ Para algunos detalles de la educación de la infanta Juana, *vid.* FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., *Juana La Loca. La Cautiva de Tordesillas*, 2ª edición, 10ª impresión, Barcelona, 2022, p. 56.

¹⁵ Primogénito de Maximiliano, rey de Romanos y futuro emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, y de la Duquesa María de Borgoña.

tenía como objetivo principal el aislamiento del reino de Francia, gobernado en ese momento por la casa francesa de Valois¹⁶.

Unos meses antes de la celebración de los esponsales, la infanta puso rumbo a los Países Bajos y dejó atrás los reinos hispánicos, a los que probablemente no hubiese retornado si no hubieran fallecido quienes la precedían en la sucesión al trono¹⁷. De este modo, el caprichoso destino quiso que doña Juana regresase, junto a su esposo don Felipe, para ser jurados herederos primero por las Cortes de Castilla, el 22 de mayo de 1502, y después por las de Aragón, el 27 de octubre del mismo año.

Precisamente, los primeros síntomas de su presunta locura se manifestaron tras el fallecimiento de su sobrino don Miguel. Hasta ese momento doña Juana había ocupado un lugar secundario, pero a partir de ese instante se convirtió en protagonista indiscutible.

¹⁶ DEL VAL VALDIVIESO, M.I., "La política exterior de la monarquía castellano-aragonesa en la época de los Reyes Católicos", en *Investigaciones Históricas. Época moderna y contemporánea*, núm. 16 (1996), pp. 24-27; SALVADOR ESTEBAN, E., "De la política exterior de la Corona de Aragón a la política exterior de la Monarquía hispánica de los Reyes Católicos", en *Isabel la Católica y su época. Actas del Congreso Internacional, Valladolid-Barcelona-Granada, 15 a 20 de noviembre de 2004*, Volumen I, Valladolid, 2007, pp. 742-745; PÉREZ J., "Los hijos de la Reina. La política de alianzas", en *Isabel la Católica. Reina de Castilla*, Barcelona, 2002, pp. 72, 74; CANTERA MONTENEGRO, E., "La política de alianzas matrimoniales de los Reyes Católicos", en *Los reinos hispánicos ante la Edad Moderna*, Volumen I, 1992, p. 485; RIVERO RODRÍGUEZ, M., *La monarquía de los Austrias*, Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 53.

¹⁷ *Vid. supra* nota 13 del presente trabajo.

La documentación de la época es insuficiente para afirmar que la reina padeciese una clara y grave enfermedad mental que le impidiese de facto reinar. De la lectura de la misma se infiere que probablemente sufriese ciertos trastornos o desequilibrios mentales, pero no podemos profundizar en el alcance ni en la gravedad real de los mismos.

A mayor abundamiento, sabemos que el apelativo de “loca” se le adjudicó posteriormente por la literatura romántica del siglo XIX, y fue entonces cuando se esbozó el personaje de “la loca” y se trazó la leyenda de su “locura desmedida de amor”, que ha llegado hasta nuestros días¹⁸. Si bien, en los documentos de sus contemporáneos se constata una cierta preocupación por la salud de la reina, su presunta enfermedad se presenta de una forma muy sutil y se invoca para justificar ciertas conductas y, fundamentalmente, para excusar su separación del gobierno y su reclusión en Tordesillas. Es decir, no es que sus contemporáneos «la considerasen “cuerda”, sino más bien que retrataron su “locura” según intereses políticos cambiantes»¹⁹.

¹⁸ SEGURA GRAÍÑO, C., “Juana I de Castilla en Tordesillas”, en *Cuadernos de Historia de España*, núm. 85-86 (2011-2012), p. 723.

¹⁹ Bethay Aram nos revela que «La locura, como el género, demostró ser un concepto flexible en el terreno de la soberanía [...] los autores renacentistas, desde Desiderius Erasmus hasta Sebastian Brant y Pedro Mártir de Anglería negaban la «locura» de la locura en sí – describiendo a la locura como una evasión de las convenciones sociales y las responsabilidades políticas necesarias» (ARAM, B., *La reina Juana. Gobierno, piedad y dinastía*, Madrid, 2001, pp. 285-286). Igualmente, debemos tener en cuenta que muchos de los relatos que han llegado hasta nosotros, y en los que se describe a doña Juana

En todo caso, y teniendo presente esta circunstancia, si profundizamos en esa documentación existente al respecto, vemos como hay episodios en los que doña Juana parece estar fuera de sí²⁰, y otros en los que se le describe como una persona perfectamente cuerda²¹. Por lo tanto, habida cuenta del tratamiento jurídico que las Siete Partidas hacen de la enfermedad mental, la reina podía estar loca y presentar periodos de lucidez. Al respecto, recordemos que el

completamente fuera de sí, como los del mismo Pedro Mártir de Anglería, pueden estar manipulados por los propios intereses políticos que él tenía. Al parecer, a lo largo de los treinta años que el humanista pasó en la corte de Castilla, reclamó y alcanzó el favor y patrocinio de todos, menos el de doña Juana. Por lo visto, don Pedro obtuvo el favor de don Felipe y fue un ferviente seguidor de su persona (*Ibidem* p. 125).

²⁰ A modo de ejemplo, uno de estos episodios es el famoso incidente ocurrido en el Castillo de la Mota de Medina del Campo en noviembre de 1503, cuando doña Juana «recibió carta de Felipe su marido, en la cual le ordenaba fuese a su lado [...]. Sin consultar a nadie, apenas leyó la carta, dio orden de que formasen el equipaje [...] Se dirige a las puertas del alcázar, decidida a salir. Le suplica el de Córdoba que desista de hacerlo. Insiste Juana en que se ha de ir. Protesta el otro que se lo impedirá. Se reviste de ánimo, y aunque ella le amenazó de muerte, mandó cerrar las puertas del alcázar, pues en él estaban aposentados. Ella, no obstante, como leona africana, en un acceso de rabia, pasó aquella noche a cielo raso en la explanada interior de la fortaleza; y no estoy seguro de si también las restantes hasta que llegó la Reina» (*Epístola 268. Al Cardenal de Santa Cruz. Discusión del Arzobispo de Burgos, Juan de Fonseca, con la Reina Juana. Partida y elogio de Felipe. Qué pasó en Francia. Medina del Campo, 29 de diciembre de 1503*, ed. MÁRTIR DE ANGLERÍA, P. *Epistolario*, estudio y traducción por José López de Toro, Tomo II, Libros XV-XXIV, Madrid, 1955, p. 75).

²¹ En este sentido, Enrique VII de Inglaterra se refería a ella, dos años después de su encuentro en Inglaterra en 1506, del siguiente modo: «y quando yo la vy, muy bien me parecio, y con muy buena manera y contenencia hablava, y no perdiendo punto de su autoridad; y aunque su marydo y los que venían con él la hazyan loca, yo no la vy sino cuerda» (*Otra carta hecha en Londres a 5 de julio de 1508*, ed. *Correspondencia de Gutierre Gómez de Fuensalida. Embajador en Alemania, Flandes e Inglaterra (1469-1509)*, publicada por el Duque de Berwick y de Alba, Conde de Siruela, Madrid, 1907, p. 461).

Derecho romano justiniano aludía al *furiosus* como aquél que tenía intervalos lúcidos, siendo perfectamente válidos los negocios realizados en esos períodos de lucidez. El texto del Digesto así lo preveía²².

Un ejemplo claro de que la reina presentaba supuestamente estados transitorios de locura con intervalos lúcidos se plasma en las crónicas, cuando tras el fallecimiento de su esposo Felipe, el 25 de septiembre de 1506, se afirma: «Arrastra una vida desdichada, gozándose en la oscuridad y en el retiro, con la mano clavada en el mentón y cerrada la boca como si fuera muda; no gusta del trato de nadie [...] sin que haya manera de convencerla de que ponga una firma o redacte unas líneas para el gobierno del Estado»²³. En contraste, cuando se le insiste para que nombre algunos obispos que ocupen algunas diócesis vacantes, con el argumento de que no podía dejar esos “rebaños sin un pastor”, ella responde con un razonamiento extraordinario: «Mucho más grave creo sería si eligiera unos pastores poco idóneos para regir su rebaño»²⁴.

Ateniéndonos a esos relatos de la época que nos han llegado, la monarca presentaba ciertas dolencias psíquicas que podían fundamentar una posible incapacidad para realizar actos o negocios

²² Vid. *supra* nota 7 del presente trabajo.

²³ Epístola 318. A Miguel Pérez de Almazán, gran secretario del Rey Fernando. Vida de la Reina Juana. Prelaturas vacantes. El Rey Fernando. Burgos, 29 de noviembre de 1506, ed. MÁRTIR DE ANGLERÍA, *Epistolario*, cit., p. 155.

²⁴ *Ibidem* p. 156.

jurídicos que produjesen efectos en su patrimonio y, en consecuencia, de haberse dado, debería habersele nombrado un curador, tal y como lo disponen las Siete Partidas²⁵. Pero ¿se declaró a doña Juana incapaz de obrar y se le designó un curador para el regimiento de su persona y sus bienes? Con objeto de responder a esta pregunta vamos a analizar, uno por uno, algunos de los principales textos en los que se hace alusión a su “indisposición” para apartarle del gobierno de sus reinos. Como veremos, en ninguno de ellos se declara de forma explícita la incapacidad de obrar de la reina ni se le nombra un curador.

El primer documento oficial en el que se deja entrever la posible enfermedad mental de doña Juana es en una carta patente firmada por su madre, doña Isabel, tres días antes de fallecer. En ésta, la Reina Católica manifiesta: «Por quanto puede acaescer, que al tiempo que nuestro Señor desta vida presente me llevare, la Princesa Doña Juana, Archiduquesa de Austria, Duquesa de Borgoña [...] primogenita, heredera, e sucesora legitima de mis Reynos, e Tierras, e Señorios, esté ausente dellos, no los quisiere o no pudiese regir, e gobernar [...] dexo ordenado, e mandado, que en quialquier de los dichos casos, el Rey mi Señor rija, gobierne, e administre los dichos mis Reynos, e Tierras, e Señorios, e tenga la gobernacion, e administracion dellos por la dicha Princesa nuestra hija, e en su nombre»²⁶.

²⁵ *Vid. supra* notas 10 y 11 del presente trabajo.

²⁶ *Carta de la reina Isabel por la que nombra administrador de sus reinos al Rey*

Es decir, antes de fallecer, doña Isabel prevé la posibilidad de que su hija no se encuentre en plenas condiciones para reinar, y nombra administrador y gobernador general a su esposo para que lo haga en nombre de aquélla. Pero no se refiere expresamente a que su hija tenga una enfermedad mental ni, en consecuencia, nombra un curador. Es decir, las previsiones de la Reina Católica en su última voluntad parecen estar dirigidas exclusivamente a la acción política y no hay ninguna cláusula que contenga disposiciones relacionadas con la posible incapacidad de obrar de la reina.

Posteriormente, tras el fallecimiento de doña Isabel, el 26 de noviembre de 1504, las Cortes de Toro de 1505²⁷, después de proclamar a doña Juana reina de Castilla, expresaron: «fuimos informados particularmente de la enfermedad, y passion de la dicha Reyna doña Iona nuestra Señora: y doliendonos mucho [...] considerando [...] a vuestra Alteza, solo por ser padre de la dicha Reyna doña Iona nuestra Señora, le es deuida, y pertenece la legitima cura, y administracion destes reynos, y Señorios». Por consiguiente, tal y como expresa Zurita «nombraron por legitimo curador, y administrador al Rey su padre»²⁸.

Fernando. Medina del Campo, 23 de noviembre de 1504 (AGS, PR, 56:18; ed. por DORMER, D.J., *Discursos varios de Historia con muchas escrituras reales antiguas, y notas a algunas dellas*, Zaragoza, 1683, pp. 389-390).

²⁷ *Capítulos de las Cortes de Toro en las que se juró a Juana I como reina de Castilla y a Fernando como administrador. Toro, 1505* (AGS, PR, 69:34).

²⁸ ZURITA, J., *Los Cinco Libros Postreros de la Historia del Rey Don Hernando el Catholico. De las empresas, y ligas de Italia*, Zaragoza, 1610, Libro VI, pp. 5-6.

En este fragmento sí que las Cortes manifiestan que doña Juana padece una enfermedad, aunque no precisan cuál; igualmente, se utilizan los términos cura y curador, pero de forma equívoca y poco concreta. Es más, en el contexto en el que se emplean no parece que se esté declarando a doña Juana incapaz de obrar ni que, por ende, se le nombre un curador para el regimiento de su persona ni de sus bienes privados. Como ocurre con la última voluntad de la Reina Católica, el nombramiento de don Fernando, en este caso, como curador y administrador, podemos pensar que se está refiriendo también a la esfera política y no al ámbito privado de su persona.

Otro de los documentos que tratan este asunto es la Concordia firmada en Villafáfila, el 27 de junio de 1506, por el rey Fernando, y, al día siguiente, en Benavente por don Felipe, en el que ambos rubricaron una cláusula secreta en la que acordaron: «quedar assentado que se declarasse la incapacidad, è inhabilidad de la Reyna, para entender en el regimiento: y que no fuesse admitida al gouierno». En este sentido, don Felipe expresó: «conuiene a saber, como la dicha Serenissima Reyna nuestra muger, en ninguna manera se quiere ocupar, ni entender en ningun genero de regimiento, ni gouernacion, ni otra cosa: y aunq lo quisiese fazer, seria total destruycion, y perdimiento destos reynos: segu sus enfermedades, y passiones, q aquí no se espressan, por la honestidad»²⁹.

²⁹ *Ibidem*, Libro VII, pp. 67-68.

De nuevo, se trata la enfermedad de la reina de un modo muy ambiguo. Se vuelve a repetir, como en los textos anteriores, que se le incapacita para los asuntos de gobierno, pero don Felipe emplea la expresión «en ningun genero de regimiento [...] ni otra cosa», posiblemente, para dar a entender que doña Juana no es capaz tampoco de gobernarse a sí misma. Nos llama poderosamente la atención que, en un acuerdo como éste, entre los dos parientes más cercanos de la monarca, no se declare expresamente su incapacidad de obrar y se le nombre un curador. A nuestro juicio, si doña Juana realmente tenía una enfermedad tan grave, como dejan entrever, el hecho de declararle oficialmente incapaz de obrar y designarle un curador, conforme a lo dispuesto en las Siete Partidas, hubiese reforzado aún más la tesis que sostenían de que no podía gobernar.

Tras la firma de esta Concordia y la inminente marcha de don Fernando a sus reinos de la corona de Aragón, las crónicas nos relatan que don Felipe «quedaua Rey de Castilla, como lo deuia ser, que no trataua ya, sino en encerrar à la Reyna, y publicar su indisposicion, y dolencia, pues à el, como à su legítimo marido tocaua la tutela, y administracion de su persona»³⁰. En todo caso, lo que al rey Felipe le podía corresponder hubiera sido la curatela de doña Juana, en el supuesto de que ésta hubiese sido declarada incapaz, y a él se le hubiese nombrado como curador, circunstancia que no aparece recogida en ninguno de los documentos analizados.

³⁰ *Ibidem*, p. 72.

De esta forma, vemos como las fuentes se refieren indistintamente a tutor, administrador, curador... y no respetan la regulación establecida para ello en las Siete Partidas.

Es más, en contra de las pretensiones del rey Felipe, las Cortes, celebradas en Valladolid el 12 de julio de 1506, se negaron a que «se recluyesse la Reyna, como impedida, è inhabil para gouernar: y que quedasse al Rey su marido libre la administracion»³¹ y juraron «a los dichos muy altos e muy poderosos señores el Rey e la Reyna, nuestros señores, por Reyes e señores destos dichos Reynos e señorios, e al dicho señor rrey Don Felipe, nuestro señor, por Rey e verdadero e legítimo señor, como a su legítimo marido dela dicha señora reyna Doña Iuana, nuestra señora»³². Esta circunstancia nos permite deducir que, si las Cortes no le declararon incapaz para el ejercicio del gobierno, probablemente no tuviese tampoco reconocida oficialmente la incapacidad de obrar.

La siguiente referencia la encontramos en las negociaciones, entre don Fernando y el emperador Maximiliano, conducentes a la rúbrica del Tratado de Blois de 12 de diciembre de 1509. En una reunión, celebrada el 26 de diciembre de 1507, entre los embajadores de ambos príncipes, quedó establecida la postura del rey aragonés: «Et primo, catholicus rex dicit se esse verum tutorem et gubernatorem

³¹ *Ibidem*, p. 75.

³² *Cortes de Valladolid. Julio de 1506*, ed. *Córtes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, Tomo IV, Real Academia de la Historia, Madrid, 1882, p. 220.

regnorum Castelle casu quo regina esset inabilis, propter dispositionem iuris comunis omniam pater debet habere tutelam filie»³³. Es decir, en este fragmento observamos que el Rey Católico estimaba que él era el verdadero tutor y gobernador de Castilla, en el caso de que doña Juana fuese inhábil, ya que por disposición del Derecho común todo padre debe tener la tutela de su hija.

Una vez más, estamos ante un texto en el que se hace referencia a la presunta incapacidad de doña Juana, pero exclusivamente en lo concerniente a la gobernación. Percibimos que se está utilizando el término tutor con otro significado distinto al que tiene en el Derecho privado. También advertimos que se trata de justificar lo anterior acudiendo a las disposiciones del Derecho común, pero de forma errónea, pues, según el tenor del mismo, un padre podía ser tutor de su hija cuando ésta fuese menor de edad, y no era el caso. En 1509 doña Juana tenía ya 30 años. ¿Por qué el Rey Católico se complica de ese modo y no justifica su gobernación apoyándose en una posible

³³ *Conferencia de los embajadores del Emperador Maximiliano con el Rey Fernando, sobre la gobernación de los Reinos de España, durante la minoría de edad de Carlos V y después de su matrimonio con Germana de Foix. 26 de diciembre de 1507* (Copia en AGS, PR, 56:46; reproducido parcialmente por CARRETERO ZAMORA, J.M., "La Concordia de Blois y los acuerdos para la gobernación de Castilla", en *Actas del Congreso Hernán Cortés y su tiempo V Centenario (1485-1985)*, II, Valencia, 1987, p. 529). Del mismo modo, Zurita, al referirse a estas negociaciones, expresa: «Affirmaua el Rey, ser el verdadero tutor, y Gouernador de los reynos de Castilla, Leon, y Granada, por dispussicion del derecho comun, y de las leyes dellos: en caso q la Reyna su hija no pudiesse gouernar: porque al padre compete la tutela de la hija» (ZURITA, *Los Cinco Libros Postreros de la Historia del Rey Don Hernando el Catholico. De las empresas, y ligas de Italia*, cit., Libro VII, p. 123).

incapacidad de obrar de su hija y le designa un curador? Es algo que no deja de sorprendernos.

Asimismo, es llamativo que en este tiempo hallemos a doña Juana llevando a cabo actos o negocios jurídicos en los que ella misma dispone de su patrimonio personal. De hecho, en la documentación del monasterio de la Cartuja de Miraflores, en Burgos, podemos ver como la reina hizo algunas donaciones de enseres personales y dinero. Así: «Antes de aquel día de *Todos los Santos*, en el que hizo la visita al cadáver de su marido, envió cien ducados de oro para cera [...] desprendiéndose de sus propias galas [...] entregaba á los Cartujos su vestido de seda blanca y roja, y pocos días después de este donativo, envió al monasterio varios cortinajes de las camas, todos ellos tejidos de oro y sedas [...] todo lo cual aprovecharon los monjes para hacer ornamentos. También regaló dos ricas alfombras [...] el año 1509, estando en Tordesillas, dio la misma reina por su propia mano al Padre Don Diego de Molina, quinientos treinta y cinco ducados de oro y una paz grande de plata, sobredorada, de seis libras y seis onzas de peso. Dos días antes de partir de Burgos [...] había hecho donación al Padre Don García del Corral, vicario, de un plato de plata dorada [...] además, dio en el mismo acto tres mil denarios de oro para que se pagasen las hechuras de una lámpara que debía hacerse con la referida pieza [...]»³⁴.

³⁴ TARÍN Y JUANEDA, F., *La Real Cartuja de Miraflores*, Burgos, 1897, pp. 177-178. Este autor nos dice también que todas estas donaciones constan en los extractos del Libro Becerro del mismo monasterio y que son además una

Por su parte, en el Tratado de Blois, firmado entre los embajadores del rey Fernando y del emperador Maximiliano I, el 12 de diciembre de 1509, se reconoció en su capítulo tercero al rey Fernando como administrador y gobernador de Castilla: «*vivente Serenissima Joanna Castelle Regina, eius filia, habeat predictam administrationem et gubernium; et Regat atque Gubernet iam dicta Regna et dominia Castelle, Legionis, granate...*»³⁵.

El contenido de este capítulo fue reproducido en las Actas de las Cortes de Madrid de 1510, que procedieron a ratificar el mismo. Así, quedó establecido: «quel dicho católico rey en todo tiempo de su vyda, vybiendo la serenísyma señora doña Juana, reyna de Castilla, su hija, tenga la dicha administración y gobernación, y rija e govyerne los dichos reynos e señoríos de Castilla [...] quel dicho rey católico sea thenido de jurar solemnemente [...] que hará y cunplirá todas a quellas cosas que ofreció de bueno, verdadero y legítimo tutor e administrador pertenescen. [...] Y, por consiguiente, el dicho católico rey [...] hará jurar a los súbditos de aquellos reynos en las Cortes Generales [...] al dicho católico rey por administrador e gobernador de los dichos reynos»³⁶.

prueba de la piedad de Doña Juana (*Ibidem* p. 179, n. I).

³⁵ *Capitulación entre el Emperador Maximiliano y el Rey Fernando el Católico, por medio de Luis XII de Francia, sobre el gobierno de los reinos de España. Blois, de 12 de diciembre de 1509* (ADN Lille B 371, nº 18.020 y AGS, PR, 56:48).

³⁶ *Actas de los acuerdos de las Cortes de Castilla. Madrid, 6 de octubre de 1510* (AGS, PR, 70:5; ed. por CARRETERO ZAMORA, J.M., "Algunas consideraciones sobre las Actas de las Cortes en el reinado de los Reyes Católicos. Actas de las Cortes de Madrid de 1510", en *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 12

A tal efecto, las Actas de los acuerdos de las Cortes de Castilla, convocadas en Madrid el 6 de octubre de 1510, en las cuales se ratificó, como ya hemos manifestado, el Tratado anterior, se refieren al rey Fernando como «administrador e gobernador legítimo por la mui alta e mui poderosa señora la reyna doña Juana nuestra señora, su hija, en estos sus reynos e señoríos de Castilla...»³⁷. Ante estas Cortes, celebradas en el monasterio de San Jerónimo de Madrid, Fernando el Católico juró: «como Gouvernador, y Administrador, y tutor de los reynos de Castilla, Leon, y Granada, y como Administrador de la Reyna su hija, y por la sucession, como tutor, y administrador del Principe don Carlos su nieto Archiduque de Austria, en cumplimiento de la concordia, que se assento en Bles, sobre lo de la gouernación de Castilla, entre sus embaxadores, y del Emperador Maximiliano...»³⁸.

Por lo que se refiere a la cuestión de la incapacidad de la reina, no percibimos, ni en el Tratado ni en las Actas de las Cortes citados, diferencias con el resto de los documentos comentados anteriormente. En efecto, únicamente se trata el tema relativo a la gobernación, y aunque nuevamente vemos aparecer la palabra tutor, ésta es empleada de forma errónea y sacada de su contexto original, propio del Derecho privado, para emplearse en el ámbito público y político. De hecho, el Rey Católico jura únicamente como

(1991), pp. 36-37).

³⁷ *Ibidem* p. 35.

³⁸ ZURITA, *Los Cinco Libros Postreros de la Historia del Rey Don Hernando el Catholico. De las empresas, y ligas de Italia*, cit., Libro IX p. 233.

administrador de doña Juana. Ni una referencia a la curatela ni a la incapacidad de obrar de la reina.

Por último, el Rey Católico, en su testamento de 22 de enero de 1516, dispuso lo siguiente: «nombramos por Governador general de todos los dichos Reynos, è Señoríos nuestros, al dicho Ilustrissimo Principe D. Carlos [...] para que, en nombre de la dicha Serenissima Reyna su madre los gobierne, conserve, rija è administre»³⁹. Como vemos, se efectúa el nombramiento del Príncipe don Carlos para que gobierne los reinos en nombre de doña Juana, limitándose don Fernando exclusivamente a dejar establecidos aspectos relativos a la esfera política.

Nos extraña que, ni siquiera en el testamento de su padre, se haga alusión a la incapacidad de obrar de la reina, que llevaba recluida en Tordesillas desde 1509, ni se le designe un curador para la administración de sus bienes personales. Una vez más, parece que a sus familiares lo único que les importaba era ejercer el poder político en su nombre, y no se preocuparon de justificar adecuadamente, conforme a la legislación vigente en Castilla, cuál era la situación jurídica de la reina en la esfera privada. De hecho, y un buen ejemplo de que lo único que les importaba era el poder real, lo encontramos en que, una vez fallecido el Rey Católico, las crónicas

³⁹ *Testamento del Rey Católico. Madrigalejo, 22 de enero de 1516* (copia en AGS, PR, 29:52; ed. por DORMER, *Discursos varios de Historia con muchas escrituras reales antiguas, y notas a algunas dellas*, cit., pp. 447-448).

nos narran que «Los más de estos [los oficiales] persuadian, que el príncipe [Carlos] se llamase rey, y que tomase el gobierno de los reinos, pues la reina doña Juana por falta de salud y juicio, se podia tener por muerta»⁴⁰. De este modo, su hijo don Carlos, no respetando las últimas voluntades de sus abuelos que únicamente le designaban como gobernador, se intituló rey junto a doña Juana, estando viva ésta.

En conclusión, y como hemos visto, en ninguna de las fuentes se hace alusión a la incapacidad de la reina para regir su persona y sus bienes privados, limitándose todas ellas a regular aspectos relativos a la acción política y a incapacitarla para el ejercicio de la misma.

A la luz del tratamiento jurídico que las Siete Partidas hacen de la enfermedad mental, si doña Juana realmente hubiese estado loca y no hubiese podido regir su persona y sus bienes ¿por qué no se le declaró incapaz teniendo en cuenta las disposiciones previstas a tal efecto en dicha ley alfonsina? Lo más lógico hubiese sido acudir primero a las disposiciones reguladoras de la enfermedad mental en las Siete Partidas y, por consiguiente, comenzar por declarar a la soberana incapaz de obrar, nombrándole a estos efectos un curador para la administración de su persona y sus bienes. Y después, apoyándose en lo anterior, declararle incapaz para gobernar sus reinos.

⁴⁰ DE SANDOVAL, P., *Historia del Emperador Carlos V*, Tomo I, Madrid, 1846, p. 225.

3- Índice de fuentes

3.1- Fuentes jurídicas⁴¹

a) Ley de las XII Tablas:

- 5.7a
- 5.7b

b) Instituciones de Gayo:

- 3,106

c) Digesto:

- 1,18,14
- 3,1,39 pr.
- 21,1,1,10
- 24,3,22,7
- 28,1,20,4
- 29,2,60

d) Instituciones de Justiniano:

- 2,12,1
- 3,19,8

e) Código:

- 5,43,7,3

f) Siete Partidas de Alfonso X (glosada por Gregorio López):

- IV,2,6
- VI, 1,13

⁴¹ Disponibles en AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J. -LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fuentes del Derecho romano online*, BOE, 2022 vol. I, p. 51 (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266).

- VI,6,13
- VII, 34, regla IV

3.2- Fuentes documentales inéditas

- AGS, PR, 29:52. *Copia del testamento del Rey Católico (1516, enero, 22. Madrigalejo).*
- AGS, PR, 56:18. *Carta de la reina Isabel por la que nombra administrador de sus reinos al Rey Fernando (1504, noviembre, 23. Medina del Campo).*
- AGS, PR, 56:46. *Copia de la conferencia de los embajadores del Emperador Maximiliano con el Rey Fernando, sobre la gobernación de los Reinos de España, durante la minoría de edad de Carlos V y después de su matrimonio con Germana de Foix (1507, diciembre, 26).*
- AGS, PR, 56:48. *Capitulación entre el Emperador Maximiliano y el Rey Fernando el Católico, por medio de Luis XII de Francia, sobre el gobierno de los reinos de España (1509, diciembre, 12. Blois).*
- AGS, PR, 69:34. *Capítulos de las Cortes de Toro en las que se juró a Juana I como reina de Castilla y a Fernando como administrador (1505, Toro).*
- AGS, PR, 70:5. *Actas de los acuerdos de las Cortes de Castilla (1510, octubre, 6. Madrid).*

3.3- Fuentes documentales editadas

- *Epístola 268. Al Cardenal de Santa Cruz. Discusión del Arzobispo de Burgos, Juan de Fonseca, con la Reina Juana. Partida y elogio de Felipe. Qué pasó en Francia. Medina del Campo, 29 de diciembre de 1503, ed.*

MÁRTIR DE ANGLERÍA, P. *Epistolario*, estudio y traducción por José López de Toro, Tomo II, Libros XV-XXIV, Madrid, 1955.

- *Carta de la reina Isabel por la que nombra administrador de sus reinos al Rey Fernando. Medina del Campo, 23 de noviembre de 1504*, ed. DORMER, D.J., *Discursos varios de Historia con muchas escrituras reales antiguas, y notas a algunas dellas*, Zaragoza, 1683.
- *Cortes de Valladolid. Julio de 1506*, ed. *Córtes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, Tomo IV, Real Academia de la Historia, Madrid, 1882.
- *Epístola 318. A Miguel Pérez de Almazán, gran secretario del Rey Fernando. Vida de la Reina Juana. Prelaturas vacantes. El Rey Fernando. Burgos, 29 de noviembre de 1506*, ed. MÁRTIR DE ANGLERÍA, P. *Epistolario*, estudio y traducción por José López de Toro, Tomo II, Libros XV-XXIV, Madrid, 1955.
- *Carta hecha en Londres a 5 de julio de 1508*, ed. *Correspondencia de Gutierre Gómez de Fuensalida. Embajador en Alemania, Flandes e Inglaterra (1469-1509)*, publicada por el Duque de Berwick y de Alba, Conde de Siruela, Madrid, 1907.
- *Actas de los acuerdos de las Cortes de Castilla. Madrid, 6 de octubre de 1510*, ed. CARRETERO ZAMORA, J.M., "Algunas consideraciones sobre las Actas de las Cortes en el reinado de los Reyes Católicos. Actas de las Cortes de Madrid de 1510", en *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 12 (1991), pp. 35-41.

- *Testamento del Rey Católico. Madrigalejo, 22 de enero de 1516*, ed. DORMER, D.J., *Discursos varios de Historia con muchas escrituras reales antiguas, y notas a algunas dellas*, Zaragoza, 1683.

3.4- Fuentes cronísticas

- ZURITA, J., *Los Cinco Libros Postreros de la Historia del Rey Don Hernando el Catholico. De las empresas, y ligas de Italia*, Zaragoza, 1610.
- DE SANDOVAL, P., *Historia del Emperador Carlos V*, Tomo I, Madrid, 1846.
- BERNÁLDEZ, A., *Historia de los Reyes Católicos D. Fernando y D.^a Isabel. Crónica inédita del siglo XV*, Tomo II, Imprenta y librería de D. José María Zamora, Granada, 1856.

4- Bibliografía

- ARAM, B., *La reina Juana. Gobierno, piedad y dinastía*, Madrid, 2001.
- ARÉVALO CABALLERO, W., "Excepciones a la incapacidad de obrar del impúber y del *minor sui iuris* y su recepción en Derecho español", *RIDROM*, 6, 2011, pp. 40-99 (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17948/14732>)
- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J., "La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las leyes 41/2003 y 15/2005", *RIDROM*, 18, 2017, pp. 242-348. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18097/14873>

- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J.-LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fuentes del Derecho romano online*, BOE, 2022 (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266)
- BERNAD MAINAR, R., “La tutela y la curatela en el Derecho romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad”, *RIDROM*, 30. 2023, pp. 1-75 (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/19491>)
- CANTERA MONTENEGRO, E., “La política de alianzas matrimoniales de los Reyes Católicos”, en *Los reinos hispánicos ante la Edad Moderna*, Volumen I, 1992.
- DEL VAL VALDIVIESO, M.I., “La política exterior de la monarquía castellano-aragonesa en la época de los Reyes Católicos”, en *Investigaciones Históricas. Época moderna y contemporánea*, núm. 16 (1996), pp. 11-28.
- D’ORS, A., “La singularidad de España en la historia jurídica de Europa”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 13 (1989-1990).
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., *Juana La Loca. La Cautiva de Tordesillas*, 2ª edición, 10ª impresión, Barcelona, 2022.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., “Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas”, en *Glossae European Journal of Legal History*, núm. 3 (1992), pp. 135-164.

- PÉREZ J., “Los hijos de la Reina. La política de alianzas”, en *Isabel la Católica. Reina de Castilla*, Barcelona, 2002, pp. 53-84.
- RIVERO RODRÍGUEZ, M., *La monarquía de los Austrias*, Alianza Editorial, Madrid, 2017.
- SALVADOR ESTEBAN, E., “De la política exterior de la Corona de Aragón a la política exterior de la Monarquía hispánica de los Reyes Católicos”, en *Isabel la Católica y su época. Actas del Congreso Internacional, Valladolid-Barcelona-Granada, 15 a 20 de noviembre de 2004*, Volumen I, Valladolid, 2007, pp. 731-746.
- SEGURA GRAÍÑO, C., “Juana I de Castilla en Tordesillas”, en *Cuadernos de Historia de España*, núm. 85-86 (2011-2012), pp. 719-734.
- TARÍN Y JUANEDA, F., *La Real Cartuja de Miraflores*, Burgos, 1897.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 16/07/2024	Fecha de aceptación: 23/10/2024
Palabras clave: <i>Derecho romano, Derecho Medieval; Siete Partidas; Prisión por deudas; Ejecución patrimonial.</i>	Keywords: <i>Roman Law, Medieval Law; Seven Partidas; Imprisonment for debts; Enforcement of assets.</i>



LA PRISIÓN POR DEUDAS EN LAS SIETE PARTIDAS: ANTECEDENTES Y REFERENCIAS

IMPRISONMENT FOR DEBTS IN 'LAS SIETE PARTIDAS': BACKGROUND AND REFERENCES

Alejandro Valencia Virosta

Doctor en Derecho

Universidad Europea de Madrid

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-0439-5594>

(VALENCIA VIROSTA, Alejandro. La prisión por deudas en las Siete Partidas: Antecedentes y referencias. RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. Pp 298-330. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Actualmente en España no se puede ir a prisión como consecuencia del impago de una deuda, salvo que este impago guarde relación con la comisión de algún tipo de fraude o estafa (en cuyo caso podría considerarse la existencia de un delito económico). Sin embargo, esta postura no ha sido inquebrantable a lo largo del tiempo pues tanto en el derecho romano como en el derecho histórico español, entre otros, cabía la posibilidad de ir a prisión por el impago de deudas. A lo largo de la presente disertación se realizará un estudio sobre la obra magna de Las Siete Partidas adentrándonos en sus precedentes históricos

Abstract:

Currently in Spain it is not possible to go to prison as a consequence of non-payment of a debt, unless this non-payment is related to the commission of some type of fraud or swindle (in which case it could be considered the existence of an economic crime). However, this position has not been unwavering over time, since in Roman law and in Spanish historical law, among others, there was the possibility of imprisonment for non-payment of debts. Throughout this dissertation a study will be made on the magnum opus of Las Siete Partidas, delving into its historical precedents.

¹ Este artículo ha sido realizado dentro del grupo de investigación de la Universidad Europea: Manifestaciones jurídicas a través de recursos audiovisuales y otros recursos de ficción.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN POR DEUDAS EN EL DERECHO ROMANO; II.- LA PRISIÓN POR DEUDAS EN LAS SIETE PARTIDAS; III.- CONCLUSIONES; IV.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN POR DEUDAS EN EL DERECHO ROMANO

El derecho concursal castellano sienta sus raíces en el derecho romano, concretamente en el procedimiento de la *cessio bonorum*, pues ambas regulaciones confirman que una de las ventajas que ofrecía el procedimiento de cesión era, precisamente, la de eludir la ejecución personal, ya que ni en el procedimiento de la *manus iniectio* ni en el de la *bonorum venditio* ofrecían tales exenciones.

Es más, de las fuentes se extrae que si el deudor no satisfacía por completo sus deudas éste quedaba sometido a la ejecución personal. En este sentido se manifiestan diversos textos² que atestiguan la supervivencia de la ejecución personal en la época clásica, en plena vigencia del procedimiento de ejecución patrimonial de la *bonorum venditio*³.

² Vid. *Lex Rubria* c. 21; Cicerón, *Pro Flacco* 20.48, entre otros.

³ Sobre la contemporaneidad del procedimiento de ejecución personal en la época clásica y con el procedimiento de ejecución patrimonial de la *bonorum venditio* dice Pierre Royer que la *actio iudicati* en época clásica conducía tanto a la ejecución personal como a la patrimonial, basándose para ello en los

Así Soza Ried⁴ sostiene que: «la afirmación de que la *bonorum cessio* evitaba, en todo caso, la ejecución personal, puede apoyarse en el siguiente fragmento: C. 7.71.1 Imp. Alex. A. Iranero» al decir que: «Porque este beneficio les aprovecha solamente para que, juzgados, no sean llevados a la cárcel»⁵, siendo, por tanto, la postura que la doctrina⁶ mantiene unánimemente.

textos del cap. 22 de la *Lex Rubria de G. C* y en la Constitución de Carcalla del año 213, señalando ésta última que la *actio iudicati* se ejercitaba *adversus ipsam bonaque eius*. Así pues, sentencia el autor al decir que el régimen de la *bonorum venditio* no eliminó la ejecución personal, sentada en el procedimiento anterior de la *manus iniectio*, ya que, si no hubiera sido así, carecería de sentido que en el procedimiento de la *cessio bonorum* se enfatizara en el privilegio que ésta ofrecía de evadir la prisión si tal posibilidad como éste se hubiera producido en el sistema de la *bonorum venditio*. Y añade que, en su opinión, es probable que la ejecución personal no desapareciera y subsistiera paralelamente con el procedimiento de la *bonorum venditio*, como, por ejemplo, respecto de las sentencias pronunciadas por magistrados municipales. Sin embargo, afirma que, a partir una determinada época, que sin embargo no precisa, el acreedor no podría disponer directamente de la persona del deudor, como sucedía en la época de las *legis actiones*, sino que éste podría resarcirse, únicamente, por medio del trabajo del deudor; Cfr. ROYER, Jean P. “Le problème des dettes a la fin de la République Romaine”. *Revue historique de droit français et étranger*, 45 (1967): 407-450.

⁴ SOZA RIED, María de los Ángeles. “Algunas consideraciones acerca de la *Cessio bonorum*”. En *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Dr. d. Francisco Samper: con ocasión de su jubilación en la Pontificia Universidad Católica de Chile*, coordinada por Patricio-Ignacio Carvajal, 621-634. España: Librotécnica, 2007: 189 y 190.

⁵ Vid. C.7.71.1.

⁶ Entre otros, Xavier d’ Ors que afirma que «es considerada un beneficio consistente en evitar la ejecución personal del insolvente»; D’ORS LOIS, Xavier d’. *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*. Roma: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974: 95. Igualmente se pronuncia Sancho Gargallo al afirmar que la cesión «servía para eludir la prisión»; SANCHO GARGALLO, Ignacio. *La retroacción de la quiebra*. Pamplona: Aranzadi, 1997: 138. Mientras tanto, Ana Alemán Monterreal sienta su postura al afirmar que «la cesión produce sobre el deudor (...) la exclusión de la ejecución personal, como se atestigua C.7.71.1»; ALEMÁN MONTERREAL, Ana. *La insolvencia: una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela: Andavira, 2010: 219. Y, finalmente, Alberto Etkin afirmando que la *cessio bonorum* «Impedía la

En este sentido similar, Zambrana⁷, y admitiendo dicha tesis mayoritaria, añade, no obstante, que la citada regulación no supone innovación alguna⁸, sino que más bien pretendía zanjar las dificultades suscitadas como consecuencia del efecto liberatorio de la cesión sin haber satisfecho la totalidad de la deuda, y, además, en su opinión el: «*'non sunt liberati'* no alude al deudor en sentido físico sino al carácter *'pro solvendo'* y no *'pro soluto'* de la cesión de bienes porque la norma a continuación señala que el beneficio auténtico de la cesión va referido al que el deudor pueda evitar la prisión».

Concluye Lucien Guenoun⁹, preguntándose acerca de la posibilidad de que el deudor hiciera uso de este beneficio cuando éste ya estaba en prisión, o cuando su ingreso en la misma era perentorio, sin embargo, no se atreve a dar respuesta alguna, aludiendo a la carencia de fuentes decisivas referentes a tal cuestión.

coacción personal, que ya no tenía objeto, puesto que el deudor no pagaba porque no quería, sino porque no podía»; ETKIN, Alberto M. "Orígenes de la prenda en Roma: La ejecución romana en especie y en equivalente. El patrimonio como prenda común de los acreedores". Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 31-5 (1944): 1524.

⁷ ZAMBRANA MORAL, Patricia. *Derecho concursal histórico: trabajos de investigación*. Málaga: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2001: 160-161.

⁸ Sino que tal ventaja tiene sus orígenes en la ley *Poetelia*, al manifestar que: «no es sostenible que sea solo a partir de la Constitución del Emperador Alejandro (C. 7, 71, 1) cuando se reconoce este favor, por lo que con carácter previo el apremio corporal habría tenido lugar siempre contra el deudor, ya que entonces la sustracción de la persecución personal establecida en la Ley *Poetelia*, para aquellos de buena fe no tendría mucho sentido»; ZAMBRANA MORAL, Patricia. *Derecho concursal histórico: trabajos de investigación*: 160.

⁹ GUENOUN, Lucien. *La cessio bonorum*. Paris: Paul Geuthner, 1920: 66.

Finalmente, en relación con el régimen carcelario, opina Álvaro d' Ors¹⁰ que el citado fragmento de C. 7.71.1 se refería, necesariamente, a una prisión pública, y, lo mismo se debe deducir del fragmento de Pauli Sent. 5.26.2 al decir que: «*Qui ideo in carcerem ducii iubentur quod ius dicenti non obtemperaverint quidve contra discipliam publicam fecerint*».¹¹, ya que, siendo la *cessio bonorum* un beneficio concedido al deudor, sería difícil imaginar que el régimen de prisión privada comportara alguna ventaja y, por tanto, lo más conveniente sería que aquellos deudores que ocultasen maliciosamente su insolvencia fuesen conducidos a las prisiones públicas.

Así pues, Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades siguiendo a Panero¹², seguramente conforme a lo dispuesto en una Constitución del año 338¹³, afirma que «Las prisiones privadas terminan por desaparecer y sólo subsisten las cárceles públicas donde puede ser encerrado el *iudicatus*, por los *apparitores*, por orden judicial, probablemente sólo en los casos de deudores fraudulentos y deudores del Fisco».

¹⁰ ORS LOIS, Xavier d'. *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*: § 114, n. 2.

¹¹ Pauli Sent. 5.26.2

¹² DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo. "Algunos elementos de ejecución personal en el dominado". RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano, 10 (2013): 322, n. 2.

¹³ C.Th.9.11.1: «*IMPPP. VAL(ENTINI)ANUS, THEOD(OSIUS) ET ARCAD(IUS) AAA. ERYTHRIO PRAEF(ECTO) AUGUSTALI. Si quis posthac reum privato carceri destinavit, reus maiestatis habeatur. DAT. PRID. KAL. MAI. THESSAL(ONICAE) THEOD(OSIO) A. II ET CYNEGIO V. C. CONSS.*».

A tal respecto Emanuel Cuq¹⁴ afirma que, en todo caso, a partir de la citada Constitución de Teodosio del año 338, el único competente para enviar a prisión, entendiendo por ésta la prisión pública, al deudor era el magistrado y que, si algún acreedor usurpaba tal prerrogativa, es decir, conducir al deudor a su prisión privada, éste cometería un delito de lesa majestad.

Sin embargo, como advierte Lucien Guenoun¹⁵ tal práctica no quedó extinguida pues, pese a la prohibición establecida por la referida constitución del año 338, la prisión privada siguió produciéndose, especialmente en Egipto, para perseguir los créditos, quedando finalmente prohibida en el año 486 con la Constitución de Zenón¹⁶ al extender, como apunta Emanuel Cuq¹⁷, las penas a los magistrados que no cumplían con las leyes por el temor a las represalias de los acreedores poderosos que, obviando su decisión, ejecutaban las penas en sus prisiones privadas; aunque, expone

¹⁴ CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des Romains*. París: Plon-Nourrit et Cie, 1917: 906-907.

¹⁵ GUENOUN, Lucien. *La cessio bonorum*:91-92.

¹⁶ C.9.5.1: «*Iubemus, nemini pentus licere per Alexandrinam splendidissimam civitatem, vel Aegyptiacam diocesan, aut quibuslibet imperii nostri provinciis vel in agris suis aut ubicunque domi privati carceris exercere custodiam, viro spectabili pro tempore praefecto Augustali, et viris clarissimis omnium provinciarum rectoribus daturis operam semperque futuris in speculis, ut saepe dicta nefandissimorum hominum arrogantia modis omnibus opprimatur. Nam post hanc saluberrimam constitutionem et vir spectabilis pro tempore praefectus Augustalis et quicumque provinciae moderator maiestatis crimen procul dubio incursum est, qui, simulatque noverint memoratum interdictum facinus in quocunque loco committi, proprios iudices de opprimendo nefandissimo scelere non protinus curaverint instruendos. Nam illud perspicuum est, eos, qui hoc criminum genus commiserint, pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tanquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio*».

¹⁷ CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des Romains*: 907.

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades¹⁸, en años anteriores, concretamente en el año 345, ya existía un régimen de responsabilidad frente a aquellos funcionarios que aprisionaban al deudor condenándole al pago de la deuda de éste, en los términos marcados por la C. 10.11.3¹⁹.

No obstante, coincidimos con Emanuel Cuq²⁰ que tal situación tiene, verdaderamente, su fin con Justiniano, quien decidió condenar a aquellos acreedores que cometieran tal delito con la pena de prisión por tiempo igual al que éstos hubiesen sometido a su deudor en prisión privada, tal y como se refleja en el texto de C. 9.5.2²¹ diciendo: «*Constitutio iubet, non haberi privatas custodias, et, qui hoc commiserint, et poenal subiici et tot dies peragere in publico carcere, quot quis fuerit in parata ab ipsis custodia inclusus, cuiuscumque sint fortunae vel dignitatis, et cadere eos causa, quae ipsis adversus inclusos competit, providentia episcopi et praesidis. Quodsi negligens fuerit praeses, et bonorum et salutis periculum subit*», sin existir textos posteriores contrarios a tal disposición normativa.

¹⁸ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo. “Algunos elementos de ejecución personal en el dominado”: 330.

¹⁹ C.10.11.3: «*Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum subtrahendumque crediderit*».

²⁰ CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des Romains*: 907.

²¹ C.9.5.2. Hemos de aclarar que se trata de una traducción al latín actual de la constitución que se conserva únicamente en griego.

Sin embargo, cuando estudiábamos la citada Ley IV del procedimiento de desamparo en el derecho castellano decíamos que, efectivamente, se contemplaba el régimen de prisión por deudas, con finalidad coactiva, sobre aquellos deudores que, voluntariamente, no querían desamparar los mismos, y, por tanto, a este respecto, no podemos servirnos de las fuentes referidas al procedimiento de la *cessio bonorum*, pues tal procedimiento nació esencialmente para eludir tal situación y no para reglamentar algún supuesto donde se contemplase tal medida coactiva, debiendo acudir, en consecuencia, a aquellas regulaciones que contemplen tal uso coactivo de la prisión, remontándonos, necesariamente, a la regulación romana relacionada con el procedimiento de ejecución personal.

Así, durante el periodo de las XII Tablas, el régimen carcelario en el procedimiento de ejecución personal de la *manus iniectio* tenía carácter privado y con un marcado carácter coactivo, pues, como narra Ricardo Panero²², tras la *addictio* del magistrado en favor del acreedor éste tenía el derecho a llevarlo a su casa y proceder a su encarcelamiento durante un periodo máximo de 60 días, de modo que durante dicho periodo el deudor era encerrado en la prisión privada y personal de su acreedor, teniendo éste último la única

²² PANERO GUTIERREZ, Ricardo. *Derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000: 161. Y en el mismo sentido, entre otros, FERNÁNDEZ BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio. *Derecho privado romano*. Madrid: Iustel, 2015: 91ss.; IGLESIAS SANTOS, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 2004: 121ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones del Genal, 2010: 73.

obligación de alimentarlo y llevarlo a tres mercados consecutivos con la finalidad de que alguien pagase la cantidad adeudada del deudor antes de que la *manus iniectio* provocara sus efectos, esto es su venta como esclavo o su muerte, sirviendo, en consecuencia, este periodo de encarcelamiento privado como una medida coactiva destinada a que el deudor, o un tercero, satisficiera los distintos derechos de crédito de sus acreedores poniendo, de esta forma, fin a la situación de ejecución personal.

Posteriormente, tras las XII Tablas el procedimiento de ejecución personal sufrió una serie de transformaciones, naciendo así la *manus iniectio pro iudicatio*, la *manus iniectio pura*, y, finalmente, la *lex Vallia de manus iniectio*, y de las que brevemente enunciaremos algunas notas.

Respecto a la primera, es decir, la *manus iniectio pro iudicatio*, dice Pérez Álvarez²³, basándose esencialmente en el fragmento de Gayo IV.22²⁴, que «la ‘*manus iniectio pro iudicatio*’ en nada difería de la más vetusta ‘*manus iniectio iudicati*’, ambas ponían al deudor en la imposibilidad de ‘*manum sibi depellere et pro se lege agere*’ y conduciendo también ambas, según los casos, o bien a un (nuevo)

²³ PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Zaragoza: Mira, 2000: 56.

²⁴ Gayo IV.22: «*Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicatio manus iniectionem in quodsam dederunt: sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo dependens esset, non soluisset sponsori pecuniam; ítem lex Furia de sponsu aduersus eum qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset; et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt*».

'*iudicatum*' contra el '*vindex*', o bien a la '*addictio*' del deudor a favor del acreedor». Respecto a la segunda figura, continúa diciendo la autora que, siendo ésta más reciente que la anterior, simplemente introduce como novedad que «el deudor pueda liberarse de la *manus iniectio* por sí mismo sin necesidad de presentar un *vindex*, salvo en el caso del '*iudicatus*' y del '*sponsor*'»²⁵.

Más interesante, al respecto, es la denominada *lex Vallia de manus iniectio*, principalmente por su coexistencia, en época clásica, con el procedimiento de ejecución patrimonial, permaneciendo vigente, durante los primeros siglos del Imperio, tanto la práctica de la *addictio*²⁶ como el aprisionamiento por deudas²⁷.

Como dice Ulpiano tal aprehensión corporal constituía una práctica corriente en dicho periodo, tal y como pone de manifiesto en el fragmento de D. 4.6.23 (l. XII ad ed.), al decir que: «*Ait Praetor: «inve*

²⁵ Cfr. Gayo IV.23: «*Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioes, sed puram, id est non pro iudicato, velut lex Furia testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortis causa plus Massibus cepisset ítem lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur*»; 24: «*Ex quibus legibus si quae aliae símiles essent, cum agebatur, reo licebat manum sibi depellere et pro se lege agere. Nam et actor in ipsa legis actione nominatim adiciebat hoc verbum PRO IUDICATO, sed nominata causa ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANU INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANUM INICIO. Nec me praeterit in forma legis Furiae testamentarie PRO IUDICATO verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum*»; y, Cicerón, *De officiis*, 3.16.65: «*Cum ex XII Tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*».

²⁶ Cfr. Quintiliano, 8.3.26; 5.10.60; y Aulo Gelio, *Noct. att.* 20.1.51.

²⁷ Cfr. D. 42.1.34, y Gayo III.199.

*vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret»; haec persona merito adiecta est; fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel in privata vincula ductus; nam et eum, qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat. Sed et is, qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio»²⁸. Así pues, como relata Pérez Álvarez²⁹, los principales aportes de dicha ley versaban, por un lado, en admitir la propia defensa por los deudores a los que se les demandaba una aprehensión corporal, y en la sustitución de la *poena capitis* y la *venditio trans Tiberim* por la situación de *in causa mancipii* hasta el cumplimiento real de la propia obligación, esto es, la llamada prisión servidumbre, pues el actor seguía legitimado a conducir a la propia cárcel privada al deudor que no paga.*

II.- LA PRISIÓN POR DEUDAS EN LAS SIETE PARTIDAS

El procedimiento de desamparo³⁰ de los bienes fue una institución creada en la Baja Edad Media por los juristas del rey Alfonso X, el Sabio, de carácter universal y colectivo.

²⁸ D.4.6.23.

²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*: 60.

³⁰ Sobre el procedimiento de desamparo de los bienes en las Siete Partidas conviene destacar el estudio realizado por Alejandro Valencia Virosta; VALENCIA VIROSTA, Alejandro, *El desamparo de los bienes. Estudio sobre la influencia del derecho romano en el concurso de acreedores castellano*. Madrid: Universidad San Pablo CEU, 2018.

Consistía en el abandono voluntario de la totalidad del patrimonio del deudor, decretado por un juez, en favor de sus acreedores hasta que se procedía a la venta individual de estos en almoneda con la finalidad de satisfacer los diferentes derechos de crédito existentes. Es por ello que esta institución supone una alternativa a la forma ordinaria de ejecución patrimonial de la sentencia, de ahí que su estudio no se haya encuadrado en la Partida III, reguladora de estos procedimientos, sino en la Partida V (Partida V, Tít. XV).

Así, este procedimiento fue introducido con finalidades que podríamos describir incluso como humanitarias para determinadas personas que cumplieran una serie de requisitos, principalmente su buena fe, beneficiándose así de una serie de privilegios, como el beneficio de competencia.

Si bien comportaba un segundo efecto, esto es, la pena de prisión o, en sentido opuesto, el eximente de la obligación personal, es decir, el efecto liberatorio de la prisión que constituye y ofrece el beneficio de cesión de bienes respectivo.

En este aspecto el estudio de Francisco Tomás y Valiente³¹ goza de una relevancia primordial.

³¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés". *Anuario de historia del derecho español*, 30 (1960): 368-374.

Así las cosas, centrándonos en el procedimiento de desamparo, el autor realiza una serie de matizaciones, advirtiendo que no procede la prisión por deudas en los siguientes supuestos: a) como medio para asegurar la comparecencia del deudor a juicio, que se lleva a cabo por la vía de asentamiento en los bienes del deudor o prestando fiador, y, a falta de ambos, bastará con el mero juramento prestado por el demandado³²; b) en el cumplimiento de sentencias judiciales, pues la Partida III establece el régimen de la ejecución patrimonial forzosa sobre los bienes del deudor vencido, no diciendo nada sobre la pena de prisión al deudor en el caso de que los bienes sean insuficientes para satisfacer los créditos de sus acreedores, e incluso cuando éste careciera por completo de ellos³³.

Más concluyente se manifiesta la Partida I³⁴ al establecer que «*Mas por el deudo que devieren, no debe servir ni ser preso de ninguno, pero debe*

³² Vid. Partida 3.2.41. A este respecto, también se pronuncia Gregorio López en su glosa (nota 5) a dicha ley (Partida 3.2.41) diciendo que: «*Adverte tamen, quod hodie per leges Fori aliter est provisum: videlicet, ut qui non possidet immobilia, si non satisdat cum fideiussoribus, debet capi in personam, et duci ad carceres, etiamsi propter impotentiam non praestet fideiussores, ut habetur in l. 2 tít. 3 lib. 2 Fori, LL, et in I, tít. 5 de las Ferias eodem libro et attestarur Rodericus Suarez in comento dictae l. 2 col. 3 ita vidisse servari, et quo ita practicatur sine scrupulo...».*

³³ Vid. 3.27.3 y 6.

³⁴ Partida 1.11.2: «*Cuales hombres pueden amparar la iglesia e en que manera.- Franqueza ha la iglesia, e su cementerio, en otras cosas ademas de las que dijimos en la ley antes de ésta, pues todo hombre que fuere a ella por mal que hubiese hecho, o por deuda que debiese, o por otra cosa cualquiera, debe ser ahí amparado, e no lo deben de ahí sacar por fuerza, ni matarlo, e ni darle pena en el cuerpo ninguna, ni cercarlo alrededor de la iglesia, ni del cementerio, ni vedar que no le den de comer, ni a beber. E este amparamiento se entiende que debe ser hecho en ella e en sus portales, e en su cementerio, salvo las cosas señaladas que dice en la tercera ley de este título. E aquel que estuviere encerrado, los clérigos lo deben dar a comer, e a beber, e guardarlo quanto pudieran, que no reciba muerte, ni daño al cuerpo; e los que lo quisieren de ahí sacar, por haber derecho del mal que hizo, su dieren seguridad, e fiadores a los clérigos, que no le hagan mal ninguno en el cuerpo, o si ni los pudieren*

dar seguridad, la mayor que pudiere, que cuando hubiere alguna cosa, que pague lo que deba» y, además, al manifestar que «Pero el deudor que se encerrase en la iglesia, por miedo de la deuda que debiese, si aquel a quien la debiese, no se quisiese componer con él, e amenazándole, e por este miedo se hayase a la iglesia, no ha por que lo demandar a los clérigos. E si por su ventura alguno de aquellos que dieren seguridad por su jura, viniesen contra ella, haciéndole algún mal en el cuerpo, caería en perjurio el que lo hiciese, e además manda santa Iglesia que lo descomulguen por ello».

En definitiva, como sostiene el autor³⁵, Las Partidas sustituyen la prisión por deudas por el juramento a estar a derecho, la del deudor solvente por la ejecución patrimonial forzosa, y la del deudor insolvente de un solo acreedor por la responsabilidad patrimonial futura.

dar, que juren eso mismo, siendo tales hombres que sospechasen que guardarían su jura; e entonces, los pueden sacar de la iglesia para hacer enmienda del hecho, según las leyes mandan; o si no hubiere de que pechar el mal hecho, que sirva tanto por ello cuanto tiempo mandare el juzgador, e tuviere por bien, según la culpa. Mas por el deudo que devieren, no debe servir ni ser preso de ninguno, pero debe dar seguridad, la mayor que pudiere, que cuando hubiere alguna cosa, que pague lo que deba». Cfr. al respecto también lo dispuesto en la Ley 3, de mismo título y Partida: «Que derecho es cuando siervo de alguno huye a la iglesia. Siervo de alguno, huyendo a la iglesia, sin madado de su señor, debe ser amapado en ella, según se dice en la ley antes de esta. Pero si el señor diese fiadores, e jurase que no hiciese mal ninguno, deben los clérigos sacar de la iglesia aunque el no quisiese salir, e dárselo; e si los clérigos no lo quisiesen hacer, púedelo sacarel señor sin caloña ninguna e llevarlo. Mas si los clérigos lo amparasen después de la seguridad de ellos, son tenidos de lepechar el menoscabo del siervo que recibió el señor, porque no se lo dieron; e si huyere, débesele pechar. Pero el deudor que se encerrase en la iglesia, por miedo de la deuda que debiese, si aquel a quien la debiese, no se quisiese componer con él, e amenazándole, e por este miedo se hyase a la iglesia, no ha por que lo demandar a los clérigos. E si por su ventura alguno de aquellos que dieren seguridad por su jura, viniesen contra ella, haciéndole algún mal en el cuerpo, caería en perjurio el que lo hiciese, e además manda santa Iglesia que lo descomulguen por ello».

³⁵ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”: 370.

No obstante, sin perjuicio de lo advertido en los párrafos antes de éste, son las leyes del procedimiento de desamparo, en la referida Partida V, las que vienen a completar el régimen ejecutivo, y, de manera sucinta la pena de prisión por deudas.

En primer lugar, siguiendo el razonamiento del autor³⁶, en el texto de la Ley I³⁷ no puede apreciarse la prisión-servidumbre del deudor pues, de lo manifestado por dicha ley únicamente puede asegurarse que el deudor insolvente queda en libertad tras sufrir el desamparo de todos sus bienes en favor de los acreedores.

Sin embargo, es en la Ley IV del procedimiento de desamparo donde se encuentra la única referencia a la prisión por deudas en todo el texto castellano al admitir tal pena para aquellos supuestos en los que el deudor, voluntariamente, se negase a desamparar³⁸ sus

³⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”: 371-372.

³⁷ *Vid.* Partida 5.15.1.

³⁸ En este sentido creemos que la apreciación que realiza Francisco Tomás y Valiente es errónea al asimilar la posición de aquel que no quiere desamparar sus bienes con aquel deudor «*cuyo patrimonio no bastase a pagar las deudas*», pues, en primer lugar, la ley en la que el autor se basa, la referida Ley IV del procedimiento de desamparo, se manifiesta clara al respecto al decir «*qué pena merece aquel que no quiere pagar sus deudas ni desamparar sus bienes*» sin hacer el texto alusión alguna a la ausencia de bienes del deudor, sino más bien todo lo contrario, pues la pena va referida a aquel deudor que teniendo bienes no quiere cederlos. En segundo lugar, la afirmación del autor entra en confrontación con otra opinión manifestada por él mismo, concretamente en la página 369 de su investigación sobre ‘La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés’, al decir que la Partida III no se manifiesta, en modo alguno, a favor de la pena de prisión para el deudor que careciese absolutamente de bien alguno. Finalmente, la afirmación

bienes al expresar el texto legal que *«por juicio condenado siendo alguno que pague las deudas que debiere a otro, si las no quisiese pagar ni desamparar sus bienes, según dijimos en las leyes antes de ésta, el juzgador del lugar débelo meter en prisión a la demanda de los que han de recibir la paga e tenerlo en ella, hasta que pague lo que debe o desampare sus bienes»*³⁹, siendo, en este caso, la prisión un medio coactivo para obtener el desamparo de los bienes por parte del deudor.

Interesante también es la pregunta que se plantea Francisco Tomás y Valiente⁴⁰ al decir: «Pero ¿por qué no se ejecuta directamente su patrimonio como vimos que establecían otras leyes de la quinta Partida?», a la cual responde que: «Sin duda porque aquí se trata de una enajenación de todo el patrimonio del deudor, que deja a éste reducido a pobreza absoluta; y la ley no se atreve a intervenir en su patrimonio, sino que permite al deudor que en este caso extremo opte entre la cesión voluntaria de todos sus bienes (misericordia absoluta) o la prisión indefinida en manos del juez».

originaria contraviene lo expresado, en líneas siguientes por el autor refiriéndose a la misma ley, al decir, nuevamente y de acuerdo con lo expresado por el cuerpo normativo, que la prisión constituye un medio coactivo *«para obtener el desamparo o cesión de los bienes por parte del deudor»*, de modo que si no hay bienes no hay desamparo de estos, y en consecuencia la prisión pierde su fin.; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”: 372, en relación con la p. 369.

³⁹ Vid. Partida 5.15.4.

⁴⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”: 373.

Además, conforme al planteamiento mantenido por Francisco Tomás y Valiente, se pueden identificar dos regímenes diferenciados, esto es, cuando el deudor tenga un único acreedor o éste sea deudor de muchos, siendo la prisión, en este último caso, meramente un medio coactivo, y no una pena, para obtener los bienes del deudor, mediante el desamparo que de ellos haga el fallido, pues la diferencia principal entre el deudor de un único acreedor y el deudor de varios acreedores estriba, como advierte el autor⁴¹, en la medida de la cesión de bienes por parte del deudor a favor del deudor de muchos.

Si bien, cabe mencionar brevemente aquí, como lo hace el autor⁴², de los otros dos supuestos especiales de prisión por deudas en Las Partidas, a saber, la singular situación del clero con respecto al procedimiento de desamparo, y, en segundo lugar, a aquellos casos por el cual los deudores huían para evadir sus responsabilidades de pago.

Así las cosas, continúa el autor, de la prisión por deudas quedan excluidos los clérigos que sean deudores, a su vez, de otros clérigos, tal y como se establece en la Partida I, Tít. VI, Ley XIII⁴³, sin perjuicio

⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés": 373.

⁴² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés": 374.

⁴³ Partida 1.6.13: «*Cúales oficios embargan los hombres que no tomen órdenes. - Teniendo alguno oficio porque debe dar cuenta al rey o algún ricohombre, o a concejo, o a tales lugares de que tuviese algo, así como mayordomía u otra cosa que*

de lo advertido con anterioridad respecto a la singular situación del clero en el procedimiento de desamparo de los bienes. En segundo lugar, en alusión al supuesto de huida del deudor, e igualmente tratado en páginas anteriores, la ley⁴⁴ describe que a aquellos que son deudores fugitivos pueden ser apresados por sus acreedores y éstos le han de privar de cuantos bienes tuviere con límite a la cantidad adeudada, quedando el resto sometido al régimen ejecutivo ordinario.

Junto al estudio, ya analizado, de Francisco Tomás y Valiente existen otros pronunciamientos en la doctrina española, si bien en el mismo sentido. Así Alejandro⁴⁵, conforme a lo dispuesto en la citada Ley IV manifiesta que en «Las Partidas sólo reconocerán un tipo de prisión por deudas, aquel que tiene por objeto constreñir al deudor a

se semeje, defiende santa iglesia que no se pudiese ordenar. E esto fue por dos razones: la primera, porque la iglesia no recibiese daño ni menoscabo de los señores a quien fuesen tenidos éstos tales de dar cuenta por razón de los lugares que tovieron. La segunda, porque con razón podrían sospechar contra los que así quisiesen recibir órdenes, que más era su intención de las tomar por cuita, e estorbar de no dar cuenta a sus señores poderosos, que por hacer servicio a Dios con ellas. Mas si la cuenta hubiesen a dar viuda o a huérfanos, o algún hombre que no fuese poderoso, según sobredicho es, no le deben por eso dejar de ordenar. Pues bien se entiende que estos tales no habría a dar tan gran cuantía de haber que pudiese venir daño a las iglesias, si lo hubiesen de pagar por ellos; ni semeja otrosí justa cosa que tales hombres les debiesen prender. E si esta cuenta sobredicha hubiese de dar a obispo a otro clérigo bien los pueden ordenar fuese deudor de otra manera, que no fuese por razón de cuenta como por emprésito, o de otra manera que debiese a otro, que no le deben por eso dejar de ordenar. Pues aquel que había la demanda contra él, en salvo le finca para poderle demandar su deuda, así como aunque fuese ordenado, e delante aquel mismo juez, que los podía entonces juzgar; e aquel puede hacer entregar, así en patrimonio como en las otras cosas muebles, que hubiere de su oficio, o de otra parte».

⁴⁴ Vid. Partida 5.15.10.

⁴⁵ ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. *La quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1970: 8.

pagar, cuando habiendo sido condenado en juicio, se niega a cumplir la sentencia o a desamparar sus bienes».

También es necesario destacar las apreciaciones que Isabel Ramos Vázquez⁴⁶ hace al respecto. Así, la autora sostiene, al igual que mantenía en su tesis Francisco Tomás y Valiente, que la prisión por deudas, única y exclusivamente, tiene su manifestación en los límites de lo establecido en la Ley IV del procedimiento de desamparo, ya que la regulación de Las Partidas, además de obviar la figura de la prisión-servidumbre, fue más limitativa que la expresada, anteriormente, en el Fuero Real, pues, medidas como la prisión cautelar en la cárcel pública⁴⁷ con el fin de asegurar la comparecencia del deudor, o, la prisión como consecuencia de la insuficiencia de bienes del deudor en el régimen de ejecución patrimonial forzosa⁴⁸, no aparecen contemplados en el cuerpo normativo.

⁴⁶ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. "El privilegio de libertad personal en el origen de los derechos históricos peninsulares". *Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 15 (2007-2008): 409-411.

⁴⁷ *Vid.* Partida 3.2.41. En este sentido se expresa José Luis de las Heras al afirmar que la prisión preventiva, en Las Partidas, iba dirigida, únicamente, a aquellos reos implicados en delitos merecedores de la pena de muerte o corporal; DE LAS HERAS SANTOS, José L. "El sistema carcelario de los Austrias en la Corona de Castilla". *Studia historica. Historia moderna*, 6 (1988): 526.

⁴⁸ *Vid.* Partida 3.27.3; Partida 5.15.1.

De modo que este caso excepcional de prisión por deudas, previsto en la referida Ley IV, dice la autora⁴⁹ ofrece al deudor la posibilidad de elegir entre la cesión voluntaria del total de sus bienes o la prisión indefinida a manos del juez, es decir, es una prisión voluntaria y a voluntad del propio deudor ya que, como se ha señalado con anterioridad, la cesión de bienes se configura como medida prioritaria a toda responsabilidad física o personal siendo un reflejo exacto de los principios adoptados del sistema del *Ius Commune*, tal correlación es manifestada entre otros por Gregorio López⁵⁰ en su glosa «*en prisión*» a la Partida V, Tít. XV, Ley IV.

En una investigación paralela⁵¹, Ramos Vázquez hace hincapié en esta relación con la regulación romana destacando los esfuerzos realizados por los distintos autores castellanos por armonizar las leyes del derecho castellano con sus fuentes jurídicas, especialmente las normas establecidas en los textos de C. 7.71.1.4 y 7⁵² y la

⁴⁹ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “El privilegio de libertad personal en el origen de los derechos históricos peninsulares”: 409-410.

⁵⁰ Gregorio López en su glosa a la Partida 5.15.4 (*en prisión*).

⁵¹ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “Detenciones cautelares, coactivas o punitivas: la privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico”. *Anuario de historia del derecho español*, 77 (2007): 719-721.

⁵² C.7.71.1.4: «*Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium, constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est; non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona et iure dominio detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est. Quum itaque contra iuris rationem res iure domunii teneas eius, qui bonis cessit, te creditorem dicens, longi temporis praescriptione petitem non posse, manifestum est. Quodsi non bonis eum cessisse, sed res suas in solutum tibi dedisse monstretur, praeses provinciae poterit de proprietate, tibi accomodare nationem*»; y, *Vid.*; y, *Vid.* C.7.71.1.7.

jurisprudencia sentada en los fragmentos de D. 42.3.4⁵³ y 6⁵⁴ con la finalidad de distinguir entre las distintas maneras en las que se puede contraer una deuda para definir las diferentes conductas que eran aceptadas para solicitar el beneficio de cesión y evitar la cárcel, y aquellas excluidas del mismo por ser constitutivas de algún delito de alzamiento de bienes. A este respecto, la autora ve un reflejo de lo expresado, en líneas anteriores, en la obra *De iustitia et iure libri decem*, cuya autoría corresponde a Domingo de Soto, al decir: «Porque los que se conducen en sus negocios y los ejecutan engañosa y astutamente, ciertamente no debieran ser permitidos. Hay quienes no teniendo bien alguno, buscando prestado en una parte y otra, llegan a conseguir cierta confianza, que ellos llaman crédito. Y no contentos con este engaño, continúan viviendo espléndidamente y con mayor suntuosidad cada día. De esta manera llegan a contraer una deuda abrumadora, y agobiados por ella se acogen a algo sagrado. Esto ciertamente constituye una manera perniciosísima de robo, y no deben ser tolerados por la sociedad, según hemos de decir en el libro IV, sino que deben ser castigados como ladrones. Mas los que negocian de buena fe, pero desgraciadamente cayeron en la ruina, con la mejor conciencia pueden acogerse al beneficio de la ley, para librarse de la cárcel; para esto ha sido establecida la práctica de la cesión de bienes»⁵⁵.

⁵³ Vid. D. 42.3.4.

⁵⁴ Vid. D. 42.3. 6.

⁵⁵ Traducción de Marcelino González Ordóñez a Domingo de Soto; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, Marcelino. *De iustitia et iure Libri*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, Tomo 2: 381.

Finalmente, se ve necesario describir brevemente cual sería el régimen carcelario al que estaría sometido tal deudor como éste que no quiere ni pagar sus deudas ni desamparar los bienes ante sus acreedores.

A este respecto, es obligado, en primer lugar, distinguir entre el régimen carcelario de prisión privada y el sistema público de carcelaje.

Respecto al primero de ellos, debemos decir que la doctrina es unánime al afirmar que Las Partidas no permitían tal sistema de privación de libertad pues, como afirma José Luis de las Heras⁵⁶, «En consonancia con el carácter de regalía que poseía toda la administración de justicia, el derecho de encarcelar se consideraba también un atributo exclusivo de la Corona»⁵⁷ y, en consecuencia, Las Partidas castigaban a los responsables de tal encarcelamiento privado con la pena de muerte, tal y como se pone de manifiesto en el fragmento castellano de la Partida VII, Tít. XXIX, Ley XV al decir

⁵⁶ DE LAS HERAS SANTOS, José L. “El sistema carcelario de los Austrias en la Corona de Castilla”:524.

⁵⁷ En sentido similar, Isabel Ramos Vázquez al decir que «*La Recepción del ‘ius commune’ que comenzaba a producirse en Castilla en la primera mitad del siglo XIII, fue el factor determinante para que textos posteriores de carácter territorial, como el Fuero Real o Las Partidas, insistieran en esta prohibición, tratando de consolidar de la mano del absolutismo monárquico un férreo sistema público de carcelaje, y estableciendo por primera vez en el derecho castellano el llamado delito de cárcel privada según las estructuras tomadas del derecho romano-canónico*»; RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: El delito de cárceles particulares”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 28 (2006): 347.

expresamente que: «Atrevidos son a las veces hombres ahí a tener mandado del rey cárceles en sus casas o en sus lugares para tener los hombres presos en ellas. E esto tenemos por muy gran atrevencia e muy gran osadía e que van contra nuestro señorío los que de esto se trabajan. E por esto mandamos e defendemos que de aquí adelante ninguno no sea osado de hacer cárcel nuevamente, ni de usar de ella aunque la tenga hecha, pues no pertenece a otro hombre ninguno, ni tiene poder de mandar hacer cárcel ni meter hombres a prisión en ella, si no tan solamente el rey o aquellos que él otorga que lo pueden hacer, así como sus oficiales a quien otorga e da su poder de prender los hombres malhechores e de los justiciar, así como a los jueces de las ciudades o de las villas e a los hombres poderosos e honrados que son señores de algunas tierras a quien lo otorgase el rey que lo pudiesen hacer. E si otro de aquí adelante hicier cárcel por su autoridad o cepo o cadena sin mandado del rey e metiese hombres en prisión en ella, mandamos que muera por ello. E los nuestros oficiales donde hiciesen tal atrevimiento como éste, si lo supieren e lo no escarmentasen o lo vedaren o no lo hicieren saber al rey, mandamos, otrosí, que hayan aquella misma pena. Pero si algunos quisieren hacer cepos en sus casas para guardar a moros cautivos, bien lo pueden hacer sin mandado del rey, e no caen por esto en pena, pues que lo hacen para guardar sus cautivos en que tienen señorío e lo hacen para que no se huyan a tierra de moros»⁵⁸.

Sin embargo, dice Isabel Ramos Vázquez⁵⁹ que, pese a la indudable influencia del Derecho Común sobre esta nueva institución en Las

⁵⁸ Partida 7.29.15.

⁵⁹ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. España: Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2008: 171.

Partidas, se desconocen las obras en las que se basaron los redactores del citado texto castellano, siendo destacable «conceptos como el ‘mero imperio’ se reflejan en la defensa del ‘Señorío’ del rey, y la asimilación del delito con los de ‘*laesa maiestatis*’ se manifiesta especialmente en la severidad de la pena de muerte establecida para el infractor».

Aclarada la prohibición del régimen de prisión privada, consecuentemente, estimamos que cuando la referida Ley IV se expresa diciendo «...*el juzgador del lugar débelo meter en prisión...*»⁶⁰ se refiere, sin duda alguna, al encarcelamiento en prisiones públicas, pues el texto de Las Partidas manifiesta que, una vez producida la detención del sujeto, los alguaciles le debían conducir inmediatamente a la cárcel pública donde el carcelero tenía la obligación de inscribirlo en el registro de entradas, en el cual se documentaba, entre otros datos identificativos, el nombre del reo, el lugar y día donde fue preso, así como la razón de su encarcelamiento⁶¹.

⁶⁰ Vid. Partida 5.15.4.

⁶¹ Partida 7.29.8: «*Cómo el carcelero mayor debe dar cuenta cada mes una vez de los presos que tuviere en guarda a aquel que se los manda guardar. – El carcelero mayor de cada lugar debe venir una vez cada mes delante del juzgador mayor al que puede juzgar los presos e debe dar cuenta de tantos presos que tiene e como tienen nombre e por que razón yace cada uno de ellos e cuando tiempo ha que yacen presos. E para poder esto hacer el carcelero ciertamente, cada que le adujeran presos, debelo recibir por escrito escribiendo el nombre de cada uno de ellos e el lugar donde fue e la razón por la que fue preso e el día, e el mes e la hora que lo recibe e por cuyo mandado. E si algunos contra esto hiciere, mandamos que lo pechen a la cámara del rey veinte maravedía de oro. E el juzgador de cada lugar, debe ser acucioso para lo hacer cumplir para que los pueda quitar e condenar, así como dicho es en esta ley. E el juez que contra esto hiciere, debe ser quitado del oficio por enfamado e pecho por esto diez*

Además, como expone la autora⁶², de este sistema carcelario establecido en las leyes de Las Partidas se garantizan unas mínimas garantías para los reos derivadas de las obligaciones de los carceleros al recaer sobre éstos «la función de guarda del reo, evitando su muerte, sus lesiones o su huida durante los trayectos hacia la cárcel, o ante el juez, o entre una y otra jurisdicción, era otra de las funciones principales de los alguaciles o carceleros» así como «también lo era la custodia de los mismos una vez habían ingresado en la cárcel pública», siendo, en consecuencia responsables de las distintas irregularidades que pudiesen producirse al respecto y siendo éstos castigados con la misma pena del reo si, entre otros supuestos, éste moría o huía «*por muy gran culpa o engaño*»⁶³.

maravedís de oro al rey».

⁶² RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. España: Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2008: 207.

⁶³ Partida 7.29.9: «*Como los guardadores de los presos no merecen pena, si los otros sus compañeros a que lo encomiendan, se van con ellos. – Acaece a las veces que los que tienen en guarda a los presos no pueden cada uno guardarlos e acomiendanlos a otro cuando van alguna parte. E aquellos que fincan, otrosí, contece a las veces que aunque estén ahí todos a guardarlos pero deben dormir los unos e velar los otros. E por esto decimos que si los que fincan por guardar los presos se fuesen con ellos los otros que no están delante o dormían no lo sabían ni hacen engaño ni malicia en esto, que no son en culpa, ni merecen pena ninguna por eso. Mas aquellos que se fuesen con los presos deben morir por esto cuando quiera que sean hallados, salvo si alguno de ellos fuese mozo o hombre vil o de mal seso. Pues entonces no deben dar la pena sobredicha a él mas aquel que lo ahí puso. Pero el juzgador debe dar a éste tal que se fue con los presos otra pena cualquiera que entendiere que merece según su albedrío. Porque no es guisado que finque sin pena siendo tal que entendiere lo que hace*»; Partida 7.29.12: «*Que pena merecen los guardadores de los presos si se fuere alguno de ellos. – En cinco maneras podría acaecer que los presos se irían de la carcel porque se embargaría la justicia que se no podría cumplir en ellos. La primera es cuando fuese por muy gran culpa o por engaño de los que los tuviesen en guarda. Pues en tal caso como este deben recibir los guardadores aquella misma pena que deben sufrir los presos. La segunda es cuando huyen los presos por negligencia de los guardadores en que no hay mezclado engaño ninguno. Esto sería si los guardasen a buena fe mas no con tan gran acucia como deben. En tal caso como este deben ser*

En resumen, podemos afirmar que Las Partidas contemplaban la prisión por deudas con un carácter esencialmente coactivo y, únicamente, en los términos previstos por la Partida V, Tít. XV, Ley IV, es decir, cuando el deudor voluntariamente se negase tanto al pago de sus deudas como al desamparo de sus bienes, siendo tal pena cumplida por medio del régimen carcelario público, prohibiéndose a tal respecto que estas penas fuesen cumplidas en cárceles privadas.

quitados del oficio los guardadores e castigados de heridas, de guisa que no pierdan los cuerpos ni miembro ninguno porque los otros que pusieren en su lugar sean escarmentados por ello e metan mayor acucia en guardar los otros presos que tuvieren en guarda. La tercera es cuando huyen los presos por ocasión no por culpa ni por engaño de los guardadores. E en tal caso, como éste no deben recibir pena ninguna si probaren la ocasión en que no avino por su culpa. La carta es cuando los guardadores dejan ir los presos que tienen a su guarda por piedad que tienen de ellos. En tal caso como éstesi el preso que fuere fuere hombre vil o era pariente o cercano de aquel que lo deja ir, entonces el carcelero debe ser quitado del oficio e castigado de heridas según dijimos suso. Mas si tal hombre no fuese, debe haber pena según albedrío del juez. La quinta manera es cuando el preso se mata el mismo estando en prisión o despeñándose o hiriéndose o degollándose. En en tal caso como este no debe el que guardaba el preso fincar su pena, pues si fuese guardado acuciosamente no se podría así matar. E por esto debe ser tirado del oficio y castigado de heridas así como sobredicho es. E si por ventura el guardador matase al preso que tuviese en guarda e le diese a sabienda brebaje u otra cosa con que se matase el que esto hiciese, el mismo debe morir por esto. Mas si el preso se muriese por ocasión o por enfermedad, entonces los que lo guardan no deben haber pena ninguna, pero antes que lo saquen de la cárcel debenlo hacer saber al rey o al juez que lo hizo prender para que no pueda ahí ser hecho engaño»; y, Partida 7.29.14: «Que pena merecen aquellos que por fuerza sacan algún preso de la cárcel o de la prisión. – Atrevimiento muy grande hace el que saca por fuerza algún preso o de la cárcel o de la condena que es hecha por mandado del rey. E por esto mandamos que si alguno fuere osado de sacar preso de la cárcel del rey o de algún adelantado o de común de algún concejo o de otra prisión cualquiera que fuese metido por mandado del rey o de alguno de los otros que tienen poder de juzgar por el, que debe recibir tal pena cual debía recibir aquel que fue por tanto sacado por fuerza. Otrosí, mandamos e defendemos que los carceleros no sean osados de demandar ni tomar carcelaje a los que fueren presos no habiendo hecho porqué, mas luego que los juzgadores los mandaren sacar los dejen ir en paz e no les demandasen por esta razón ninguna cosa más, devenlo pechar aquellos que los acusan e los mesturaron porque hubieron de ser presos».

III.- CONCLUSIONES

Así las cosas, parece que el procedimiento de desamparo se sirve de dos fuentes jurídicas diametralmente opuestas, por un lado, toma del procedimiento de la *cessio bonorum* su consideración como efecto liberatorio de la prisión, mientras que, por el contrario, observamos como la referida Ley IV recupera el sistema de la ejecución personal recogido en las antiguas acciones de ley y que coexiste, en la época clásica, con el procedimiento de ejecución patrimonial de la *bonorum venditio*.

Así las cosas, en primer lugar, debemos confirmar el evidente esfuerzo de armonización, por parte de los juristas castellanos, del procedimiento de desamparo con el procedimiento romano de la *cessio bonorum* al configurarse ambos como instrumentos jurídicos tendentes a garantizar la libertad física de los deudores por medio del abandono de sus bienes ante sus acreedores y, en consecuencia, dotar de un efecto liberatorio de la prisión al régimen de la cesión de bienes, tal y como se manifiesta en "*De iustitia et iure Libri*" de Domingo de Soto, quien, como dijimos anteriormente, ejemplifica tal armonía al decir que «Mas los que negocian de buena fe, pero desgraciadamente cayeron en la ruina, con la mejor conciencia pueden acogerse al beneficio de la ley, para librarse de la cárcel; para esto ha sido establecida la práctica de la cesión de bienes», estando dicho testimonio apoyado, esencialmente, en lo expuesto en el fragmento nuclear de C. 7.71.1 *Imp. Alex. A. Irenaeo* que sustenta tal efecto liberatorio en el

procedimiento de la *cessio bonorum* que, como recordamos, decía «Porque este beneficio les aprovecha solamente para que, juzgados, no sean llevados a la cárcel», y que además ha sido aceptado de manera unánime por la doctrina.

Además, numerosos preceptos de la regulación castellana relacionados con las distintas formas de ejecución, como por ejemplo, los preceptos contenidos en la Partida III, Tít. II, Ley XLI o en la Partida I, Tít. XI, Ley II, confirman dicha intención de eludir la prisión por deudas al no manifestarse al respecto, e incluso a condenarla diciendo que «*Mas por el deudo que devieren, no debe servir ni ser preso de ninguno*», a excepción de lo previsto en la Ley IV que, en todo caso, al ser una decisión voluntaria del deudor supone una excepción a la prohibición general y al deseo del cuerpo normativo de suprimir tal desproporcional sanción.

Finalmente, enlazando con las últimas líneas del anterior párrafo, igual de evidente es la experiencia romana del procedimiento de ejecución en la referida Ley IV del procedimiento al contemplar la prisión como medio para coaccionar al pago de lo debido por parte del deudor, aunque con ciertas salvedades, pues la regulación recogida en Las Partidas no admite, de ninguna manera, ni el régimen de prisiones privadas ni tampoco la llamada ‘prisión servidumbre’.

Así, en primer lugar, pese a admitir la máxima, esto es el régimen de ejecución personal, no compartimos el sistema originario de las prisiones privadas condenando en el derecho castellano tal régimen con la pena de muerte, pues, como citábamos anteriormente, «En consonancia con el carácter de regalía que poseía toda la administración de justicia, el derecho de encarcelar se consideraba también un atributo exclusivo de la Corona», coincidiendo, por tanto, con la regulación contenida en la Partida VII, Tít. XXIX, Ley XV y con la constitución de Teodosio del año 338 donde, al igual que el procedimiento castellano se concedía exclusivamente tal potestad al órgano judicial competente y condenando a quien usurpaba tal prerrogativa con el delito de lesa majestad.

De igual manera, las coincidencias son igualmente manifiestas entre los fragmentos de C. 7.71.1 y Pauli Sent. 5.26.2 al referirse, como decía Álvaro d'Ors, a la ejecución personal dentro del sistema público carcelario, al que nos pronunciábamos en el párrafo anterior, y al establecimiento de una serie de medidas de responsabilidad, de obligado cumplimiento por los funcionarios correspondientes, tendentes a garantizar tal sistema público de prisiones.

Así, en referencia a este régimen de responsabilidad encontramos identidad entre ambas regulaciones, por ejemplo, entre el texto de C. 9.5.1, por el cual se condena a la prisión a los magistrados que incumplen las decisiones judiciales, y la Partida VII, Tít. XXIX, Ley

IX, que contemplaba la misma pena para igual infracción. No obstante, cabe referirnos, pese a haber afirmado la evidente inadmisión del régimen carcelario privado, a la obligación que tenían los carceleros de dar de comer al reo, contemplada en la Partida VII, Tít. XXIX, Ley XI⁶⁴, siendo este reflejo de la regulación arcaica de la *manus iniectio* que, pese a la crueldad del sistema, obligaba al acreedor a alimentar al deudor.

Finalmente, en lo relativo a la forma de prisión servidumbre, que parece contemplarse en el régimen de la *lex Vallia de manus iniectio*, Las Partidas son tajantes pues, como decíamos en párrafos anteriores, ninguna persona debe servir a otra por las deudas que este tuviere, aunque si vemos cierta coincidencia, en este sistema, respecto al carácter ilimitado de la condena pues, en ambos procedimientos, la ejecución personal persistirá mientras no se

⁶⁴ Partida 7.29.11: «Que pena merecen los guardadores de los presos si les hicieren mal o deshonor por malquerencia o por algo que les prometan. – Muevanse los hombres a buscar mal los unos a los otros que por malquerencia tienen entre si. E esto hacen algunos, a las veces, contra aquellos que son presos dando algo encubiertamente a aquellos que los tienen en guarda porque les den mal a comer o a beber e que les den malas prisiones e que les hagan mal en otras maneras muchas. E los que de esto se trabajan, tenemos que hacen muy gran yerro e toman mala venganza sin razón. Pues la cárcel debe ser para guardar los presos e no para hacerles enemiga, ni otro mal, ni darles pena en ella. E por esto mandamos e defendemos que ningun carcelero, ni otro hombre que tenga presos en guarda que no sea osado de hacer tal crueldad como ésta por precio que le den, ni por amor que hayan a los que los hicieron prender, ni por otra manera que pueda ser. Porque asaz abunda de ser presos e encarcelados e recibir cuando sean juzgados la pena que merecieren según mandan las leyes. E si algún carcelero o guardador de presos maliciosamente moviere a hacerlo que contra esta ley es escrito, el juzgador del lugar lo debe hacer matar por ello. E si fuere negligente en no querer extrañar a tal hombre como éste, debe ser quitado del oficio como hombre mal enfamado e recibir pena por esto según el rey tuviere por bien. E los otros que hacen estas cosas a los carceleros, débenles dar pena según su albedrío».

pague la deuda o, en la regulación castellana, el deudor decida desamparar la totalidad de sus bienes.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. *La quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1970.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana. *La insolvencia: una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela: Andavira, 2010.

CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des Romains*. París: Plon-Nourrit et Cie, 1917.

DE LAS HERAS SANTOS, José L. "El sistema carcelario de los Austrias en la Corona de Castilla". *Studia historica. Historia moderna*, 6 (1988): 523-559.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo. "Algunos elementos de ejecución personal en el dominado". *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, 10 (2013): 320-330.

ETKIN, Alberto M. "Orígenes de la prenda en Roma: La ejecución romana en especie y en equivalente. El patrimonio como prenda comun de los acreedores". *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 31-5 (1944): 1519-1526.

FERNÁNDEZ BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio. *Derecho privado romano*. Madrid: Iustel, 2015.

GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, Marcelino. *De iustitia et iure Libri*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

GUENOUN, Lucien. *La cessio bonorum*. Paris: Paul Geuthner, 1920.

IGLESIAS SANTOS, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 2004.

ORS LOIS, Xavier d'. *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*. Roma: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones del Genal, 2010.

PANERO GUTIERREZ, Ricardo. *Derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000: 161.

PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Zaragoza: Mira, 2000.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. "Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: El delito de cárceles particulares". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 28 (2006): 339-386

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas: la privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico". *Anuario de historia del derecho español*, 77 (2007): 707-770.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. "El privilegio de libertad personal en el origen de los derechos históricos peninsulares". *IusFugit: Revista*

interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, 15 (2007-2008): 393-428.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. España: Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2008.

ROYER, Jean P. "Le problème des dettes a la fin de la République Romaine". *Revue historique de droit français et étranger*, 45 (1967): 407-450.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. *La retroacción de la quiebra*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

SOZA RIED, María de los Ángeles. "Algunas consideraciones acerca de la Cessio bonorum". En *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Dr. d. Francisco Samper: con ocasión de su jubilación en la Pontificia Universidad Católica de Chile*, coordinada por Patricio-Ignacio Carvajal, 621-634. España: Libro técnica, 2007.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés". *Anuario de historia del derecho español*, 30 (1960):249-490.

VALENCIA VIROSTA, Alejandro, *El desamparo de los bienes. Estudio sobre la influencia del derecho romano en el concurso de acreedores castellano*. Madrid: Universidad San Pablo CEU, 2018.

ZAMBRANA MORAL, Patricia. *Derecho concursal histórico: trabajos de investigación*. Málaga: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2001.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia, *La caza en el mundo romano. Aspectos sociológicos, económicos y jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, ISBN 978-84-1056-344-5, 385 páginas.

SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ

Profesor titular de Derecho Romano

Universidad Rey Juan Carlos

Código ORCID: 0000-0003-2990-1059

(CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ Santiago, Recensión a Valmaña Ochaíta, Alicia, *La caza en el mundo romano. Aspectos sociológicos, económicos y jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, ISBN 978-84-1056-344-5, 385 páginas. RIDROM [online]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 331-350 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Cuando a principios de los años cuarenta del pasado siglo XX el Conde de Yebes, arquitecto, escultor y uno de los máximos exponentes de la montería española le pidió a José Ortega y Gasset que prologara su obra *Veinte años de caza mayor*, es probable que el insigne filósofo, que no era cazador, se sintiera sorprendido por tan inusual petición. Es verdad que eran amigos íntimos, y ahí encajaba la justificación de este encargo, pero Ortega al aceptar el compromiso no tuvo más remedio que preguntarse: «¿qué diablo de

*ocupación es esta de la caza?*¹». Sin embargo, cumplió con extrema generosidad, pues entregó un ensayo de más de setenta páginas, que más que presentar una obra a los potenciales lectores constituía un auténtico tratado psicológico y ético sobre la caza. Confesaba Ortega ser bastante aficionado a la literatura cinegética, pero también sabemos que era un muy buen conocedor de la Antigüedad clásica, tantas veces constatado en su riquísima obra. De ahí que sean tan frecuentes en este denso prólogo las referencias al Neolítico, Grecia y Roma, Polibio, Escipión, Arriano... Sabía de la antigüedad de la caza y su importancia en la historia económica de la humanidad, pero también que estaba escribiendo sobre una ocupación que hacía ya mucho tiempo que se había convertido en una actividad de recreo, un pasatiempo, afición o hobby que cautivaba a hombres de muy distinta condición social. Leído este texto ochenta años después de su edición, llama la atención cómo muchas de sus reflexiones mantienen hoy su vigencia, lo cual es meritorio teniendo en cuenta que cuando fue escrito la moralidad en torno a la caza (y a los animales en general) era muy distinta a la actual.

Es la caza, por tanto, una materia que puede abordarse desde diferentes perspectivas, y que han de conjugarse todas ellas para obtener un feliz resultado. Los romanistas escribimos principalmente sobre instituciones y temas jurídicos: depende de

¹ J. Ortega y Gasset, "A «Veinte años de caza mayor» del Conde de Yebes", en J. Ortega y Gasset, *Obras completas*, vol. VI, 6ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1964, p. 421 (el prólogo entero, del año 1942, en pp. 419-491).

cada uno el acompañar (o no) nuestras investigaciones con las referencias históricas, económicas, sociales, políticas, religiosas y éticas que las envuelven y caracterizan. No podría estar más de acuerdo con la autora de la obra que tengo el honor de comentar, la Dra. Alicia Valmaña Ochaíta, cuando subraya que al hablar de la caza «los aspectos sociales y económicos se solapan en muchos casos» (p 21), y también cuando destaca la importancia que deben tener en temas como este las fuentes literarias (p. 29). Creo que la A. ha sido coherente con la especial naturaleza de la caza al subtítular su monografía bajo la rúbrica *Aspectos sociológicos, económicos y jurídicos*, dejando el elemento legal en un segundo plano, casi agazapado tras esos dos agentes esenciales que han transformado toda la historia humana. Esto no quiere decir que lo jurídico tenga una presencia pobre en la monografía: en absoluto, está muy presente desde las primeras páginas, pero es evidente que el tratamiento puede y debe ser distinto al de otros estudios romanísticos, porque en este caso no se trata de una institución creada por o para los romanos, sino de una actividad universal que tiene mucha más relación, al menos inicialmente, con la Economía que con el Derecho.

De ahí que afrontar el reto de escribir una monografía sobre una actividad ancestral, transversal y poliédrica como la caza obliga, a quien ello pretende, a estar en posesión de unas características investigadoras muy concretas. Alicia Valmaña cumple bien con ese perfil requerido: no solo es una gran romanista, sino también una

más que competente historiadora del Derecho y del Mundo Antiguo, con frecuentes y exitosas incursiones en estas áreas desde el principio de su carrera profesional. Todo ello se percibe en el adecuado matrimonio que, en este tipo de obras, y la de Valmaña es un ejemplo de ello, han de tener las fuentes jurídicas con las fuentes literarias y epigráficas, así como la necesaria integración de los elementos a que hacía referencia más arriba (sociológicos, económicos, políticos...) en el tratamiento global de una temática como esta. También es notable el apoyo bibliográfico del que se ha servido la A. Junto a las esenciales referencias romanísticas (que sobre la caza en general no son muchas; más numerosas son aquellas que tratan el régimen jurídico de determinados animales), encontramos muchas otras relativas a las áreas del Derecho civil, de la Historia del Derecho (con indicaciones básicas a los fueros hispanos medievales), de la Economía, del Derecho constitucional (información actualizada de la legislación cinegética nacional y autonómica), de la Filología o del Derecho administrativo. Otro aspecto de la pulcritud de esta investigación lo conforman las fuentes: todos los textos antiguos están en latín y griego, hay muy pocas traducciones, más allá de que la A. explique el sentido y contenido de cada uno de ellos. Valmaña construye su estudio de la caza a través de una prosa culta pero sencilla, inteligible y elegante, consiguiendo que la lectura del libro no se haga odiosa ni tediosa en ningún momento. Al revés, es una lectura instructiva y entretenida, nunca exenta de erudición, facilitada por una estructura argumental ordenada.

La monografía está dividida en cinco capítulos, cada uno de ellos volcado en una nota característica de la actividad cinegética. Partiendo de una *Introducción* (pp. 21-29) a la que enseguida iremos, el capítulo primero (*Breve revisión histórica en materia de caza*, pp. 31-93) nos adentra en el fenómeno de la caza después de Roma, con la mirada puesta en nuestro país, tanto desde el punto de vista del Derecho histórico como moderno, coronándolo con unas amplias referencias sobre la relación caza y literatura. El segundo es el que da inicio al estudio de la caza (*venatio*) en el mundo romano (pp. 95-156), y lo centra su autora en los *Aspectos sociológicos de la caza en Roma*, en el que cobra especial protagonismo la caza como deporte o actividad lúdica. Le sigue un tercer capítulo en el que analiza la *venatio* como una fuente o recurso económico, y en el que vamos a encontrar toda la información sobre los espacios de caza y los tipos de animales objeto de esta actividad (*Espacios y animales. La actividad económica*, pp. 157-246). Un cuarto capítulo, ligado al anterior, continúa estudiando la caza como actividad económica, ahora desde la obra de Varrón y Columela, con un generoso esfuerzo filológico sobre el lenguaje cinegético latino (*Venatio, venationes, venaticum*, pp. 247-286). Y una última sección del libro intitulada *Los juristas y su visión del problema* (pp. 287-352), en la que aborda las principales cuestiones del régimen jurídico de la caza y los animales salvajes en Roma, a la luz de la jurisprudencia. Los capítulos vienen precedidos por un bello prólogo a cargo de Feliciano Barrios, Catedrático de Historia del Derecho y Académico Numerario de la Real Academia de la Historia. Barrios no solo presenta el libro al lector de forma óptima, sino que, además, en calidad de amigo y compañero de

Valmaña en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, nos proporciona un retrato ampliado de la A. en alguna faceta de la actividad universitaria, como la docente, que generalmente queda más alejada del dominio público. «Excelente docente», dice Barrios de ella, y «una entusiasta y eficaz organizadora de cursos, seminarios y actividades culturales en nuestros centros». Por último, el volumen, bien presentado por la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch de Valencia –el libro incluye hasta ocho reproducciones gráficas de pinturas y otros objetos relacionados con la caza–, se cierra con los habituales índices de fuentes y autores citados.

La historia de la caza como actividad humana desde los tiempos más antiguos es de sobra conocida. Desde que ha habido seres humanos en la Tierra estos han cazado, fundamentalmente los hombres; y han cazado para sobrevivir, para alimentar al grupo, constituyendo uno de los pocos recursos vitales que tuvieron para subsistir en una época huérfana de otro tipo de medios conectados con el intelecto o ingenio humano. La Revolución Neolítica, que se entiende consolidada en el mundo habitado en torno al 6000 a. C., propició la aparición de un nuevo instrumento práctico de corte económico más estable que la caza: la agricultura. Ciertamente, las manadas de animales suelen desplazarse de forma natural, y tras ellas iban las sociedades nómadas antiguas, mientras que la semilla plantada en el suelo no se mueve de donde está, lo que también permitió la aparición de sociedades sedentarias. Junto a la agricultura, la doma de animales constituyó otro importante avance

en la mejora de las condiciones humanas, puesto que procuró sensibles beneficios en el ámbito económico. De esa forma, la caza encontró otra forma de manifestación: como diversión. Resumámoslo con Ortega: «*El hombre neolítico, que cultiva ya el suelo, que ha domesticado y cría animales, no necesita, como su antecesor paleolítico, nutrirse principalmente del trabajo venatorio. Descargada de su forzosidad, la caza se eleva a deporte*»².

Desde sus orígenes, la historia romana está íntimamente ligada a la agricultura y ganadería, de ahí que las menciones a la caza como actividad de subsistencia sean escasas en la literatura latina. Tampoco la A. se detiene en exceso en esta historia antigua de la caza, más allá de unas mínimas menciones y constatar que siguió practicándose, aunque de otra forma mucho menos general y prioritaria en términos económicos. Los nobles siguieron practicándola en sus vastas tierras, ayudados por sus esclavos, con el objeto de llevar piezas de carne fresca a sus mesas. Salustio dirá en su época que la caza se había convertido en una actividad servil (*servile officium*)³ por el empleo de esclavos para su ejercicio. Pero, en realidad, no deja de ser la constatación de que los nobles salían de caza con sus esclavos a quienes encargaban las tareas más duras.

² En el Prólogo citado (n.1), p. 426.

³ Sall. *Cat.* 4.1-2: “*De manera que cuando mi espíritu descansó de las muchas miserias y peligros y resolví pasar el resto de mi vida lejos de la política, no fueron mis planes malgastar un buen descanso en la inactividad y la desidia, ni tampoco pasarme la vida aplicado a cultivar un campo o a cazar, menesteres de esclavos...*” (*vero agrum colundo aut venando servilibus officiis*). La traducción es de B. Segura Ramos. Puede verse complementariamente J. Guillén, *Vrbs Roma. Vida y costumbre de los romanos*, vol. II. La vida pública³, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1986, pp. 323-324.

¿Cazaban por necesidad, como en el pasado, o simplemente por diversión? Pues, en realidad, lo hacían por lo segundo. De hecho, esa doble vertiente de la caza como actividad económica y como diversión es característica de la época antigua, una dualidad que nos presenta Valmaña desde los primeros compases de su investigación.

La monografía comienza con una revisión histórica de la caza después de la experiencia jurídica romana, algo que para Feliciano Barrios constituye «un acierto de origen» (p. 18). Es verdad que este tipo de contenidos en las investigaciones romanísticas suelen estar ubicados al final: cumplen el propósito de verificar el recorrido y la vida que han tenido las instituciones romanas tras la desaparición del pueblo que las vio nacer; pero invertir ese supuesto orden metodológico no es inusual y puede tener una razón plausible cuando contribuye a una mayor claridad expositiva. Este parece ser el caso. El primer capítulo guarda una estrecha relación estructural con la *Introducción* (pp. 21-29), la cual constituye una pieza esencial en la comprensión de las ideas que quiere exponer la A. Desde el primer momento, Valmaña señala las tres fases por las que discurre históricamente la *venatio* como actividad humana: la caza como ocupación de supervivencia (cazar para alimentarse), como actividad económica (cría, doma y venta de “animales de caza”) y, en último lugar, como ejercicio lúdico (cazar por diversión). Las tres son ciclos sucesivos de un mismo fenómeno y consecuencia de la superación de ciertas circunstancias, en las que entran en juego también los factores sociológicos y económicos (antes que los

jurídicos). Son esos dos factores, como decía al principio, los que la A. considera determinantes para que el Derecho intervenga en la regulación de la caza; y determinantes para el modo en que el Derecho regula esta actividad. Partiendo de este tratamiento romano, la A. comprueba la traslación de esos principios e ideas al mundo medieval y feudal, advirtiendo y señalando cambios importantes: valga a título de ejemplo, simplemente, la desaparición del “principio de libertad de caza” (p. 39: el entrecomillado es mío, no de la A.), como consecuencia de la reserva al Rey (y sus nobles) del derecho a cazar (o a la caza). Lo que antes fue un derecho de titularidad indeterminada, en la Edad Media se convierte en un privilegio de titularidad restringida y determinada. Esa línea argumental Valmaña la extiende hasta el momento presente, lo que le permite hacer reflexiones sobre la legislación vigente en materia de caza de carácter nacional (preconstitucional) y autonómica (como consecuencia de la reserva legislativa que el art. 148.1 11a de la Constitución confía a las Comunidades Autónomas), y la preponderancia que ha ido adquiriendo el Derecho administrativo en la regulación de lo cinegético.

Las distintas manifestaciones de la caza que ya ha venido anticipando la A. (como actividad necesaria para la supervivencia, económica y lúdica), constituyen el núcleo central del capítulo segundo. De entre estas, Alicia Valmaña presta especial atención a la última: la *venatio* como actividad de recreo. Cicerón (*de off.* 1.29.104) alababa la bondad de la caza como juego o diversión, tanto para

jóvenes como para mayores: “También en el juego hay que sostener cierta moderación, de modo que no nos entreguemos del todo a él y, exaltados por el placer, derivemos en alguna bajeza. Nuestro Campo de Marte y el gusto por la caza proporcionan ejemplos honorables de juego” (trad. de I. J. García Pinilla). Al mismo tiempo, en un pueblo tan beligerante como el romano, la caza se convirtió en una herramienta perfecta para el entrenamiento militar de los jóvenes y como ejercicio de mantenimiento físico para los adultos. En los períodos entre campañas, quienes podían permitírselo intentaban compaginar las ocupaciones intelectuales (estudio del Derecho o del arte de la retórica, *verbi gratia*) con las físicas, entre las que las prácticas venatorias podían tener una función importante. Alguno como Escipión Emiliano dedicaba todo su tiempo de ocio a la caza deportiva como parte de su adiestramiento militar, algo que había comenzado a hacer en los descansos que le permitía la guerra contra Macedonia, y que no dejó de hacer a su vuelta a Roma. Tiempo atrás, Jenofonte había dedicado un opúsculo a la caza (*Cinegetico*) en el que alababa este ejercicio como parte de la instrucción militar⁴(pp.

⁴ *Cinegetico* 12.1-4): “Sacarán gran provecho los que tienen afición a este ejercicio, pues procura salud a los cuerpos, perfecciona la vista y oído, retrasa la vejez y, sobre todo, educa para la guerra. En primer lugar, cuando marchen con las armas por caminos difíciles, no se rendirán, ya que soportarán las fatigas por estar acostumbrados a apresar las fieras por medio de las armas. Serán capaces, además, de acostarse en lecho duro y ser buenos centinelas del puesto asignado. En las marchas contra el enemigo, serán capaces de cumplir las órdenes transmitidas y, a la vez, de atacar, porque así cobran ellos las piezas de caza. Cuando formen en primera línea, no abandonarán la formación porque sabrán resistir. Si los enemigos huyen, perseguirán a sus contrarios con orden y seguridad en todo terreno gracias a su hábito. Si el ejército propio sufre un descalabro en terrenos frondosos, escarpados o difíciles por otro motivo, podrán salvarse ellos mismos sin deshonorar y salvar también a otros, porque la práctica del ejercicio les proporcionará un conocimiento superior” (trad. de O. Guntiñas Tuñón). En realidad, la totalidad de este párrafo 12 está dedicada a la caza como preparación óptima para la guerra.

100-101, 109-110). Toda esta creciente importancia que va adquiriendo la *venatio* como ejercicio formativo y al mismo tiempo lúdico, fue calando en la literatura latina republicana y del Principado en casi todos los géneros, pues como escribía Michael von Albrecht, «el romano aprecia en los géneros literarios la relación con la vida real»⁵; pero de forma especial en la poesía: la A. recoge varios ejemplos de poetas que con sus versos prácticamente desarrollaron una especie de poesía didáctica o formativa (pp. 102-107, 113-119).

Una de las facetas en las que más se advierte la creciente pasión de los romanos por la actividad de la caza y los animales cazados fue, sin duda, las *venationes*, esto es, los espectáculos en la arena con luchas de animales salvajes como leones, tigres, osos, hipopótamos, serpientes, cocodrilos, etc. (pp. 121-150; precisiones terminológicas sobre *venationes*, en pp. 247-250, 275). Este tipo de divertimento se ajustaba como un guante a los gustos de nuestros antiguos, muy especialmente a los romanos, quienes eran aficionados a los animales exóticos y desconocidos, pero también disfrutaban de la fuerza y el impacto que conferían la sangre y la violencia a los espectáculos, unas formas de comportamiento o costumbres criticadas sin ambages por Séneca *Minor*⁶. Las *venationes* podían ser de diferentes tipos, unas ciertamente más violentas que

⁵ M. von Albrecht, *Historia de la literatura romana. Desde Andrónico hasta Boecio*, vol. I, versión castellana por D. Estefanía y A. Pociña Pérez, Herder, Barcelona, 1997, p. 271.

⁶ Sus críticas a los juegos, y sobre todo hacia los gustos macabros del populacho, interviniesen o no animales, son frecuentes en sus diálogos y cartas: v. gr., en *de ira* 1.2.4; *de tranq. anim.* 11.4-5; *de brev. vit.* 13.6-7; *de clem.* 1.25.1-2; *ad Luc.* 1.7; 4.37.1; 15.95.33.

otras: desde la simple exhibición de animales cazados en el extranjero y llevados a Roma para mostrarlos al pueblo en los *ludi*, hasta hacerlos luchar entre sí o contra cazadores romanos como parte del espectáculo y, por supuesto, la peor de esta forma de diversión: utilizarlos en la arena contra seres humanos, algo que comienza a ser cruelmente habitual desde el s. I d. C. como condena penal o como castigo letal a ciertos colectivos como los cristianos. Es interesante la perspectiva desde la que la A. estudia esta manifestación lúdica de la caza y las bestias salvajes, buscando precisamente el elemento psicológico (la curiosidad y la satisfacción de percibir en vivo el instinto de bestias y humanos, así como los recursos de que disponían para imponerse en esas luchas desiguales)⁷, indagando qué era lo que gustaba tanto al romano de estos espectáculos (además del espectáculo en sí mismo, para Valmaña constituía el ejercicio pasivo de una actividad lúdica, la caza, a la que la mayoría no podía acceder: pp. 96-97, 111-113), pero aportando abundante información sobre los animales más empleados y demandados por el pueblo⁸. El aprecio de los romanos

⁷ Vid. P. Grimal, *La civilización romana. Vida, costumbres, leyes, artes*, trad. de J. de C. Serra Ràfols, Paidós, Barcelona, 1999, p. 275.

⁸ Desde que Roma entró en contacto con África, se hizo habitual la captura de grandes fieras salvajes para llevarlas a la urbe con objeto de exhibirlas ante el pueblo. Los espectadores no solo podían ver aquellos magníficos animales luchando entre sí o contra cazadores romanos, también los veían actuar como si estuvieran en sus países de origen, pues las representaciones en las *venationes*, que incluían reproducciones de su hábitat natural, eran muy ricas en efectos escénicos reales. Era una forma, como dice Valmaña (pp. 143-144), de mostrar la flora y fauna extranjeras, las condiciones de vida de esos animales en sus paisajes reales. El pueblo, efectivamente, desde el s. II a.C. disfrutaba enormemente de estos espectáculos. Los ediles eran quienes se encargaban de la organización de la mayoría de los *ludi* oficiales, y aunque eran los grandes generales (cónsules y pretores) quienes los llevaban a

por la caza y este tipo de espectáculos con animales se verifica por la frecuente aparición en la literatura y en vestigios iconográficos (pinturas, cerámicas, monedas, mosaicos, etc.) de escenas de cacerías, animales y cazadores.

En suma, tal y como deduce la autora (pp. 96-97, 111-113), durante la época republicana tardía y el Principado, la práctica de las acciones venatorias aparecen bajo tres modalidades: como el viejo recurso de procurarse sustento alimenticio (aquí y ahora practicado especialmente por las clases altas, y más que por necesidad, por el placer de servir en sus mesas la carne de los animales de sus fundos); como actividad lúdica en segundo lugar (ocio en sentido activo), sirviendo además de ejercicio práctico para los jóvenes en su adiestramiento castrense; y, por último, el ejercicio pasivo de la caza, que lo constituyen las *venationes*.

Es a partir de aquí cuando la monografía da un giro importante y se convierte en un sobresaliente tratado agropecuario

Roma, el pueblo esperaba de sus ediles los mejores eventos posibles. Sila fue testigo de ello cuando concurrió a unas elecciones a la pretura: *“Sila pensaba que la gloria que había obtenido en las acciones de guerra era suficiente para conseguir poder político, por lo que se pasó del ejército a la acción sobre el pueblo, se inscribió como candidato para la pretura, pero fracasó. Se le echó la culpa a la muchedumbre, pues contaban que estos sabían de la amistad de Sila con Boco y creían que si se le hacía edil, en lugar de pretor, tendrían mejores jaurías y combates de fieras africanas; eligieron a otros pretores para obligarle a tomar el cargo de edil”* (Plut. *Sull.* 5.1, trad. de J. Cano Cuenca). Séneca (*de brev. vit.* 13.6) y Plinio (*NH.* 8.20.53) dicen que después de aquello fue el primero en ofrecer un combate de leones sueltos en el circo.

romano (que engloba los capítulos tercero y cuarto, pp. 157-286, y buena parte del quinto), una materia que ha tenido muy poco calado en la romanística española, si exceptuamos acaso el libro publicado hace ya algunos años por Rosalía Rodríguez López sobre el huerto⁹. Valmaña desmenuza ampliamente los tratados antiguos más importantes sobre *agri cultura* o *de rebus rusticis*, fundamentalmente los de Varrón (s. I a. C.), Columela (s. I d. C.) y Paladio (s. IV d. C.), dejando a un lado el primero de ellos escrito por Catón el Viejo en época republicana (s. II a. C.), cuyo modelo de explotación económica de las *villae* se orientaba básicamente a la agricultura y no hacia la ganadería o la crianza de animales. Las restantes obras no se dedican exclusivamente a la agricultura y sus técnicas, sino que constituyen manuales en toda regla de economía rural con sus estudios del aprovechamiento y explotación de la flora y la fauna de los predios romanos. Mismo objetivo que persigue Valmaña en este tercer capítulo dedicado a la caza como actividad económica, en el que busca especial, pero no exclusivamente, la relación entre los animales y los espacios de la granja en que son criados y explotados económicamente. La A. parte de una aproximación al *hortus* romano, para constatar que desde los siglos II y I a. C., los grandes *latifundia* en manos de la nobleza romana¹⁰ comenzaron a ser no solo

⁹ R. Rodríguez López, *El huerto en la Roma antigua*, Madrid, 2008. Obra que elogia Valmaña en p. 157 n. 233.

¹⁰ Conocida es la gran mutación económica (y moral) que se produjo en la República romana desde finales del s. III, cambio ligado a la evolución de la Guerras Púnicas y al recién estrenado dominio romano por la cuenca mediterránea que le permitiría a Roma, convertida ya en potencia talasocrática, adueñarse de un vasto territorio y una numerosísima fuerza humana que utilizar bajo la forma de esclavitud. La riqueza y la ostentación del lujo comenzaron a ser señas de identidad de la nobleza. Pero el coste

espacios dedicados al cultivo, sino centros de actividad económica en los que la explotación de animales de caza, domesticados o salvajes, fue uno de sus principales activos en cuanto a rentabilidad (pp. 159, 181), aunque siempre inferiores a los producidos directamente por la agricultura (p. 302).

De los especialistas agrónomos anteriormente citados, y de otros escritores como Catulo, Juvenal, Aulo Gelio, Séneca *Minor*, Amiano Marcelino o Plinio el Viejo, la A. va extrayendo y confrontando la amplia y variada terminología agropecuaria, especialmente la que se refiere a los espacios en que se criaban los animales y que ocasionalmente podían contribuir a la explotación económica de la finca usándolos –diríamos en la actualidad– como cotos privados de caza: *leporaria* (para la cría de los animales silvestres o salvajes, como liebres, ciervos, cabras o jabalíes)¹¹,

personal de la contienda, con grandes bajas entre el ciudadano campesino medio (pequeño propietario y al mismo tiempo efectivo militar), fue terrible, a lo que hay que sumar la larga duración de la misma para quienes lograron regresar y el panorama desolador que encontraron a su vuelta. El resultado fue que muchos de ellos no pudieron volver a hacer rentables sus tierras de cultivo y se vieron constreñidos a venderlas. Beneficiarias de esta situación fueron las grandes familias nobiliarias que hicieron acopio de todas esas tierras, activando una nueva forma de economía latifundística en la que la mano de obra servil jugó un papel determinante. Fue el legado de Aníbal en la conocida interpretación de Arnold Toynbee (*Hannibal's Legacy*). A partir de este momento, la nobleza terrateniente aprovecharía sus grandes propiedades para explorar otros recursos de rentabilidad económica en los que los animales de caza (para ayudar en la caza o ser cazados) se revelaron como una fuente de ingresos importante.

¹¹ Se pregunta Valmaña (pp. 193-194) si este tipo de espacios estarían dedicados a la caza, y considera que desde la época de Varrón, si bien «todavía no se puede hablar de fincas destinadas a la caza, en el sentido actual de cotos de caza, tampoco se puede negar la posibilidad de que en muchas de ellas se

vivaria(posterior en el tiempo, pero de igual contenido que *leporarium*)¹², *ornithones* o *aviarii* (para las aves) y *piscinae* (para los peces). El número de referencias que trae a estas páginas la autora es más que significativo, e interesa no solo por la información exhaustiva que aporta sobre criaderos de jabalíes, lirones, liebres o corzos, los viveros de caracoles, ostras, morenas y otras especies de peces, así como sobre las colmenas de abejas, sino, porque repito, lo realiza señalando la diferencia y extensión de los significados según sean usados por un autor u otros, o en una época anterior o posterior.

Toda esta materia viene rematada en el capítulo cuarto, sección que la A. aprovecha para hacer una última incursión en la terminología cinegética latina, especialmente la relativa a los términos *venatio* (ejercicio de la caza; caza; caza como espectáculo; la presa cogida en la caza; producto de la caza; *septum venationis* cercado de caza), *venationes* (espectáculos en la arena; para algunos autores, explotación económica de ciertos animales) y *venaticum* (propio o relativo a la caza; que anda a la caza de algo; *canes venatici* perros de caza) (pp. 247-286; asimismo, en pp. 327-331, 334-336, 343-351).

practicara de manera habitual». Léanse, igualmente, las conclusiones sobre los leporarios en la obra de Varrón (pp. 274-275).

¹² Utilizado por Columela (pp. 279-282).

La última parte del libro está dedicada a la calificación jurídica de los animales por parte de la jurisprudencia romana. La autora advierte bien pronto las diferencias de tratamiento entre los agrónomos y los juristas: si a los primeros les interesan los animales como parte de la actividad económica de las *villae*, los segundos buscan explicar «el régimen del dominium sobre los mismos y todos aquellos problemas que pueden surgir en relación con la pérdida y subsiguiente adquisición del animal por parte de otras personas» (p. 287). Partiendo de esta premisa general, no hay duda de que los juristas tienen también en la cabeza la existencia de *vivaria* en las fincas y la importancia económica que tenían para sus propietarios. Como es bien sabido, la regulación jurídica sobre los animales gira en torno a la idea del *animus revertendi* de estos, es decir, sobre la costumbre de los animales de salir de la finca y regresar a ella con posterioridad de forma natural o habitual. Ya en páginas anteriores, al hablar del elemento económico de la caza, Valmaña había anticipado parte del régimen jurídico del *animus revertendi* y la diferencia entre animales salvajes (*ferae*) y domesticados o mansos (*mansueti*), trayendo a colación los principales problemas jurídicos relacionados con la adquisición o pérdida de la posesión y propiedad de los animales, el significado del término *custodia* en este ámbito o el carácter de *res nullius* atribuido a los animales salvajes (pp. 214-221, 239-246). Resulta muy interesante la relación que establece entre el *animus revertendi* y la *naturalis libertas* de las *ferae bestiae*, vinculándolas a la intervención humana, en el sentido de que los granjeros contribuían a despertar esa costumbre en los animales mediante la construcción de espacios para ellos o, simplemente,

alimentándolos de forma habitual (p. 221). Todo ello formaba parte de la correcta administración económica de la actividad cinegética.

Para Valmaña, los juristas construyen el régimen jurídico de los animales según se encuentren en alguna de estas posibles situaciones: a) animales capturados y encerrados en jaulas o espacios acotados, de los que el dueño de la finca tiene plena disponibilidad (son propiedad de este, por ocupación, y únicamente se perdería el *dominium* si dejaran de estar *sub custodia*); b) animales nacidos en cautividad, en espacios acotados (considerados frutos naturales, pertenecen al dueño mientras permanezcan bajo su custodia); c) animales capturados y recluidos en espacios acotados amplios, por los que vagan con cierta libertad, y animales con *animus revertendi* (los más problemáticos a nivel jurídico y a los que la A. dedica mayor atención, poniéndolos en relación con las reglas ideadas por los juristas respecto de las abejas); d) animales que no viven en viveros, sino en *silvae circumseptae*, en selvas acotadas (sobre los que no se tiene la propiedad ni la posesión, pues no se ha realizado ningún acto de adquisición sobre ellos). Tampoco escapan al interés de la autora otros problemas relacionados con la tenencia de animales: su carácter de *res mancipi* o *nec mancipi*, los daños causados por estos, la compraventa o el usufructo de fincas con leporarios y viveros, etc., ofreciendo una panorámica amplia y global de los problemas que se podían plantear y las soluciones dadas por los juristas.

Termino. Es frecuente que quien escribe sobre caza sea cazador, o al menos, amante de la cinegética¹³. En más de una ocasión, especialmente en entrevistas, Miguel Delibes, que también era cazador y probablemente el mayor exponente de la literatura cinegética patria en el s. XX, había afirmado ser «*un cazador que escribe antes que un escritor que caza*», subrayando la correlación que existe entre caza y literatura, entre la escopeta y la pluma¹⁴. Desconozco si Alicia Valmaña, como el gran novelista vallisoletano, es al mismo tiempo escritora y cazadora, aficionada o detractora de esta actividad deportiva. En realidad, es este un libro en el que la sensibilidad personal puede quedar al margen de sus páginas. Como estudio histórico que es, la A. nos acerca exclusivamente los sentimientos y la consideración de la caza entre los romanos, así como la correspondiente regulación jurídica que hubo que armar para evitar la posible colisión entre el derecho a cazar y la propiedad de lo cazado. Esos dos aspectos, el sociológico y el jurídico, que junto al económico constituyen el armazón de esta excelente monografía, están generosamente desarrollados por su autora, quien acredita asimismo un gran conocimiento del lenguaje agrónomo y cinegético, de las especies animales, de la literatura poética y

¹³ Hablo de literatura y de lo al margen, claro está, otras disertaciones en forma de artículos de opinión o similares que, especialmente en los últimos años, han mostrado un fuerte rechazo a la caza como actividad deportiva y a cualquier otra acción o exhibición en las que los animales puedan sufrir acoso y daños, o ser objeto de exposición pública (corridas de toros, fiestas populares con uso de animales, actuaciones circenses, exhibición de animales en cautiverio, etc.). Pero no tiene sentido aquí entrar en ese debate que nada tiene que ver con el libro de Valmaña.

¹⁴ Vid. F. de P. Sánchez Zamorano, “La caza en la literatura”, en *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, vol. 86, núm. 152, 2007, p. 49.

agropecuaria y, en general, de cualquier otro aspecto que pueda tener relación con el mundo de la caza. Sin duda, dentro de la literatura venatoria de carácter académico, el libro de Alicia Valmaña está llamado a ocupar un puesto de relieve.

Santiago Castán

Universidad Rey Juan Carlos



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Recensión a Henar Murillo Villar. *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219 págs.

Beatriz García Fueyo

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Romano

Universidad de Málaga

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1373-9472>

(GARCÍA FUEYO, Beatriz, "Recensión a Henar Murillo Villar. *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219págs. RIDROM [on line]. 32-2024.ISSN 1989-1970. pp.351-357.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que la obra de la profesora Murillo es un ejercicio de honradez intelectual: nuestra A. realiza un minucioso estudio de la sucesión intestada, partiendo de la regulación romana en sus diferentes etapas históricas, recorriendo el derecho intermedio hispano para culminar en el derecho contemporáneo español. A estos cuatro capítulos se une el quinto, compuesto por un apéndice de fuentes y otro con el nutrido elenco bibliográfico utilizado.

Hoy en día se tiende a ver en el Derecho romano, ante todo, un factor esencial de la historia de nuestra cultura jurídica. Por eso, a diferencia del siglo XIX, en la actualidad la atención del estudioso se dirige, más que a acoplar el Derecho romano en un sistema cerrado de normas, a conocer su evolución histórica, la cual ofrece ante nuestros ojos, proyectada en dos milenios y medio, la propia esencia histórica del Derecho, la mutación de significado de sus normas al cambiar las circunstancias y la progresiva elaboración de valores supra temporales de nuestra cultura jurídica¹.

Como se pone de manifiesto en la introducción, el trabajo no se centra únicamente en el análisis del origen y evolución histórica de la figura, si bien, cabría añadir, dicha empresa es meritoria en sí misma, a tenor de la dificultad que entraña la comprensión e interpretación de fuentes en esta disciplina jurídica. La búsqueda se sirve de los métodos histórico-crítico e histórico-dogmático para profundizar en las razones por las que el orden de llamamientos ha variado a lo largo de la historia, ofreciéndonos, en sus conclusiones finales, una propuesta de *lege ferenda* que compagina el vínculo de sangre con el psicológico-afectivo de las relaciones de pareja actuales (pp.187-188)².

¹ Kunkel, W. (1982). *Historia del derecho romano* ([8ª ed.]). Ariel.

² La autora plantea la posibilidad de realizar un primer llamamiento conjunto a los descendientes de primer grado con el cónyuge o pareja estable conviviente viudo, fijando entre ellos un reparto proporcional de la herencia. En ausencia de hijos o nietos, el cónyuge viudo o conviviente de pareja estable supérstite sería declarado heredero universal de todos los bienes del causante. Añade, además, la potencial restricción al tercer grado en el caso de

Recuerda la doctora Murillo la finalidad de la sucesión intestada: no es otra que garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas constituidas en vida por el causante y evitar que sus bienes queden vacantes. Precisamente por un criterio de seguridad jurídica se aprobó la Ley de las XII Tablas, punto de inicio de esta investigación con el examen de la sucesión intestada en el antiguo *ius civile* y los órdenes sucesorios *sui, adgnati y gentiles*. Le siguen los llamamientos edictales a la *bonorum possessio* de los *ingenui* (*unde liberi, unde legitimi, unde cognati y unde vir et uxor*) y las reformas introducidas por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano del s. II d. C., que contradijeron algunos principios del sistema clásico de llamamientos en la sucesión *ab intestato*, al establecer un nuevo régimen sucesorio entre madre e hijos recíprocamente, si bien reservaron los casos más controvertidos a la jurisprudencia.

La verdadera causa de la recepción del Derecho romano residió en el valor intrínseco de las soluciones jurídicas creadas por Roma y, todavía más, en el modo y el método por el que las creó. Así, el Derecho privado romano de las épocas preclásica y clásica, que constituyen el cénit de las creaciones romanas, es el resultado de la fecunda labor de los jurisconsultos, en colaboración con la actividad jurisdiccional del pretor³. A este respecto y en relación con la

los parientes colaterales.

³Alvarez Suárez, U. (1973). *Instituciones de Derecho Romano. Tomo I, Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*. [s.n].

tradición de la Equity del sistema del *Common Law*, se aprecia un paralelo curioso entre el modo casuístico de formarse el Derecho inglés y romano⁴.

En época postclásica se introdujeron innovaciones para favorecer el vínculo de la consanguinidad frente a otros en una legislación parcial y un tanto confusa que la A. reproduce antes de analizar la regulación justiniana en las Novelas 118 y 127, donde se acoge el vínculo cognaticio, con sus conocidos cuatro órdenes sucesorios.

Como bien explica la profesora Murillo, en lugar de la relación de parentesco agnaticio, dominante en las XII Tablas, va adquiriendo singular importancia el parentesco de sangre. Justiniano prosigue las tendencias del Derecho clásico, de modo que los restos del antiguo parentesco agnaticio son abolidos y se superó la oposición entre sucesión civil y pretoria. Termina el capítulo segundo con la posición del cónyuge supérstite en Justiniano, el papel del Estado y la sucesión intestada en los bienes del liberto - considerado pariente de menor grado que los consanguíneos naturales- según el antiguo *ius civile*, en el sistema pretorio de la *bonorum possessio sine tabulis* y en derecho justiniano. Además, examina las razones de la presencia del patrono en la *delatio* intestada del liberto, vinculadas al *ius patronatus*, caracterizado por

⁴ Fuenteseca, P. (1978). *Lecciones de historia del derecho romano*. [s.n.].

la *reverentia, honor, mutuo respeto y afectividad* (p.75). En palabras de Riccobono “sostengo que es casi todo fruto de la presencia de la ética cristiana todo lo que en *Corpus Iuris* aparece como sustancialmente nuevo respecto al derecho elaborado por los *jurisconsultos romanos*”.

El capítulo tercero, dedicado al derecho intermedio, recorre desde el Título 30 *De successionibus* del Código de Eurico hasta el código civil actual. Dentro de las fuentes consultadas y analizadas se encuentran el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real*, y *Partidas*, con el problema del llamamiento a los colaterales, las *Leyes de Toro*, donde los hermanos son llamados solo en ausencia de descendientes, la *Nueva Recopilación*, donde se omite el grado de llamamientos a los colaterales y cónyuge, centrándose en los consanguíneos, la *Novísima Recopilación*, que reduce la horquilla de llamamientos hasta el cuarto grado en los colaterales y aproxima el llamamiento del fisco, y con el detallado análisis de todas ellas aterrizamos en el siglo XIX y al período codificador. La profesora Murillo finaliza este capítulo relatando la recepción del derecho romano operada a través de los distintos proyectos de código civil a lo largo de esa centuria.

El capítulo IV versa sobre el derecho español contemporáneo, con la regulación del código civil de 1889 y sucesivas modificaciones en lo que a la figura compete, así como la Ley 15/2015, de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Como ponía de manifiesto Pedro Gómez de la Serna en sus *Prolegómenos del Derecho*: “no andan acertados los que, prescindiendo del estudio del Derecho romano, esperan llegar a ser jurisconsultos, porque en las ciencias formadas por la experiencia de los siglos no se condena impunemente su literatura y su filosofía, su historia y sus orígenes; y por el contrario, que los que ciegos idólatras de él, olvidan las leyes propias de su país, prescinden del movimiento de los siglos, y no se acuerdan de que el derecho está sujeto a la acción continua y vivificadora de los progresos del género humano”.⁵

Cabe destacar que la A. ejecuta un riguroso análisis del orden sucesorio contemplado en los diferentes ordenamientos españoles: aragonés, balear, catalán, gallego, navarro y vasco, utilizando el derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo.

Como proscrito queda el saber que interroga y cuestiona, el saber que nunca nos deforma, todo lo contrario: en él nos reconocemos quienes deseamos adentrarnos en ese conocimiento que busca, afanosamente, la verdad y la claridad, porque sin verdad que transmitir no hay educación posible⁶. Por todo ello, felicitamos a

⁵ Gómez de la Serna, P. (1849). *Prolegómenos del derecho* (2ª ed. corr. y aum.). Imp. de A. Vicente

⁶ Obarrio Moreno, J. A. (2023). *En defensa de la cultura grecolatina (paideia versus utilitas)* (1.ª ed.). Dykinson. <https://doi.org/10.2307/jj.1866712>

la autora, que ha llevado a cabo un estudio serio y concienzudo de la sucesión *ab intestato*, derivando en una monografía caracterizada por su claridad expositiva, de calidad metodológica e innovadoras aportaciones de interés.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Rosalía Rodríguez López, “Mujeres en los difíciles tiempos del Imperio romano de Occidente. Nov. Mai. 5, 6, 7 y 9 (458-459 d.C.)”, Dykinson, Madrid 2022, pp.424.

ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA

Profesora titular de Derecho Romano

Universidad de Castilla-La Mancha

alicia.valmana@uclm.es

<https://orcid.org/0000-0001-8962-0588>

(VALMAÑA OCHAÍTA, Rosalía Rodríguez López, “Mujeres en los difíciles tiempos del Imperio romano de Occidente. Nov. Mai. 5, 6, 7 y 9 (458-459 d.C.)”, Dykinson, Madrid 2022, pp.424. RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 358-375. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Cuando me enfrenté a la lectura de *Mujeres en los difíciles tiempos del Imperio Romano de Occidente* pensé si estaría ante la continuación de *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*¹, obra publicada por la autora cuatro años antes. *La violencia...*, -obra estructurada sobre la base de una clara periodificación histórica-, finalizaba en la

¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Dykinson, Madrid, 2018.

época del Principado y, sin entrar en mayores deducciones, pensé que podría tener un mismo hilo conductor. Sin embargo, no es así.

Esta es una monografía muy distinta en cuanto a planteamiento, estructura y contenido. En la monografía publicada en el 2018, el tema de la violencia sobre la mujer se plantea como eje transversal que recorre la realidad del mundo romano, tanto en su perspectiva jurídico-pública, como en su perspectiva jurídico-privada y, desde luego, atraviesa la sociedad romana a lo largo de sus distintas épocas y manifestaciones sociales y culturales.

El estudio de la violencia, en un mundo violento como el romano, se concretaba en la ejercida sobre la mujer, que se convertía, desde esta perspectiva, en parte del objeto estudiado; este planteamiento dirigía la investigación hacia una estructura claramente diacrónica con cuatro capítulos dedicados a la Monarquía, República y Principado, etapa en la que se cerraba el estudio monográfico. Por último, esta estructura fijaba un contenido que, paradójicamente, no era lineal, sino que presentaba un abanico de situaciones o características que cabían inducir de la lectura de las fuentes y que representaban gráficamente el modelo de sociedad en cada momento, y los cambios que también se producía en ella.

En la monografía sobre la que hoy reflexiono estamos lejos de una periodificación diacrónica. *Mujeres en los difíciles tiempos del Imperio Romano de Occidente* lleva como subtítulo *Nov. Mai. 5, 6, 7 y 9 (458-459 d.C.)*, lo que indica claramente un contenido fijado en torno a unas fechas y un objeto concretos; es una estructura que, no obstante, no renuncia a un estudio histórico, aunque en este caso, podríamos decir que es un estudio anacrónico, no en el sentido de improcedente, sino por cuanto no se plantea como un estudio evolutivo lineal, sino que, una vez analizado el contenido de las *Novelae* 5, 6, 7 y 9 de Mayoriano en el Título I, se emprende el estudio de los “Antecedentes inmediatos” en el Título II de la monografía. Y todo ello, como ya he dicho, porque el planteamiento de este trabajo es muy diferente al anterior de 2018, a mi juicio.

En *Mujeres...*, la Prof^a Rodríguez López ha buscado hablar de ciudadanas en un momento histórico en el que la relación de la mujer con su entorno cívico², con carácter general, tiene un peso que no ha sido valorado en muchas ocasiones y que, según la A., incluso ha sido desfigurado por “algunos estudiosos que abordan el periodo bajo-imperial, y se refieren al papel político de las mujeres “de púrpura” como parte de un plan ejecutado por los miembros masculinos de su familia, y no a la inversa” (p. 24).

² La relevancia de la ciudadanía ha sido uno de los temas que recorren el bagaje científico de la Profesora Rodríguez López; baste citar un trabajo muy interesante publicado en el año 2011 *¡Ciudadanos! Fábula conforme al De officiis de Cicerón*, Almería, pp.116, en el que se analiza la importancia de los deberes en la sociedad romana.

El peso real de las mujeres ciudadanas de la época bajo-imperial, tanto las que deben convivir con la normativa derivada de las *Novellae* de Mayoriano, como con sus antecedentes más inmediatos, se estructura en la monografía en dos grandes Títulos que agrupan una serie de capítulos.

El Título Primero, “Ciudadanas en época mayoriana” abraza tres grandes cuestiones a través de las cuales la A. va desgranando las *Novellae* 5, 6, 7 y 9: “Mujer, familia y religión”; “Municipalidad”; y “Criminalidad”. Son, sin embargo, los títulos de los epígrafes y sub epígrafes dentro de cada capítulo los que dan buena muestra de la importancia del estudio y la capacidad de la A. para engarzar la norma jurídica con las fuentes literarias, cánones o fuentes bíblicas, y no solo como un mero aparato que sirva para completar el microcosmos en el que se desenvolvía la vida de las ciudadanas en este momento histórico, sino como instrumentos necesarios para comprender las tensiones que se estaban produciendo entre lo que se pretendía de las mujeres desde el punto de vista del derecho o lo que se proyectaba desde la literatura cristiana; sirva de ejemplo dentro del Capítulo 1 del Título primero, el epígrafe “Estado civil de las mujeres” y, dentro de él, el sub epígrafe “2.2.2. Casadas en nuevas nupcias” (p. 66-68) cuando la A. analiza la disposición mayoriana por la que las viudas menores de cuarenta años tenían cinco años para “arrinconar el luto”, en la que se ve la contraposición entre la legislación y la posición de la Iglesia,

considerando el Emperador a estas mujeres “reticentes a la maternidad” como “obstinadas” al entender que “traicionan sus obligaciones maternas y familiares, y cuya libre voluntad va a ser puesta en tela de juicio. De ahí que se establezca jurídicamente que tras el transcurso de cinco años en el estado de viudedad y estando ellas en edad fecunda, serán penalizadas si no vuelven a desposarse” (p. 67, *Nov. Mai*, 6, 5). Frente a esta regulación, un autor cristiano como Jerónimo de Estridón conminará a las viudas a que no vuelvan a casarse. Muchas de ellas, todavía jóvenes, no se sienten capaces de dirigir su casa y su hacienda (o, dice Jerónimo, buscan esa excusa para satisfacer sus pasiones) y prefieren volver a desposarse buscando la protección, de ella y de sus hijos, en un hombre. Ante estas situaciones Jerónimo dirá: “Ahora se te hace firmar el contrato esponsalicio para que dentro de poco te sientas obligada a hacer testamento. Se simulará enfermedad del marido; pero él, que te va a sobrevivir, logrará que hagas lo que él querría que hicieras si estuvieras tú misma a punto de muerte” (p. 67, n. 180). La pretendida protección se convertirá, según Jerónimo, en abuso y privación de derechos.

Es interesante esta perspectiva del autor cristiano que busca, fundamentalmente, mujeres independientes de los hombres en todos los sentidos, especialmente cuando la dependencia está motivada por la pasión; también de aquéllos en los que las viudas buscan en libertos jóvenes consuelo, no solo en la fe, sino también, después de un tiempo, casándose con ellos.

Sin embargo, la legislación mayoritana no buscará siempre y bajo cualquier supuesto el casamiento de las mujeres; así, en la *Nov. 6, 4*, el Emperador dispondrá que, en caso de raptó violento de una mujer virgen, ella podrá volver a su vida habitual sin necesidad de ser recluida en un monasterio, algo que posteriormente hará Justiniano, o seguir con una vida de castidad si así lo decidiera (p. 57). Estas soluciones chocan, en principio, con la política de favorecimiento de la natalidad que está presente a lo largo de su mandato (*Nov. Mai. 6*), debido al descenso notable de nacimientos que se había venido produciendo entre las clases media y alta, unido a la elevación de las cifras de mortandad (pp. 38-39).

Es evidente que esta legislación tiene sentido dentro del contexto económico, político y social en el que se produce que, a su vez, tiene unos precedentes claros; por eso, aunque, como he señalado, en este Título Primero la A. hace un análisis de la producción legislativa de Mayoriano, no quedan fuera las referencias a la legislación de emperadores anteriores; así, será frecuente encontrar relacionadas algunas constituciones de Constancio, Honorio, Arcadio, Valentiniano o Teodosio, o posteriores, estableciendo la correspondiente comparación con Justiniano (*vide. ns. 141; 145; 182; 192*, por citar solo algunas referencias).

Especialmente interesante es la pulsión ciudadana femenina en relación con la municipalización; la reflexión de la A. cuando afirma “en tiempos de Mayoriano la tensión campo-ciudad ha derivado hacia un proceso de ruralización, de ruptura de las claves de convivencia social de la que es muestra la práctica del patronazgo [...] que conlleva una descodificación del ciudadano” (p. 83) se hace desde el profundo conocimiento que la profesora Rodríguez López tiene del mundo rural en Roma y de la idea que presidía durante la República la unión de la ciudadanía con el mundo del campo. Y, ciertamente, esta afirmación explica un proceso de decadencia de ciudades que, aparentemente no parece de fácil comprensión, pero que se observa en la península Itálica y también en Hispania. Ciudades, muchas de ellas, que gozan de un estatus jurídico y económico importantes y que, no obstante, a partir de un cierto momento, entran en un declive irremediable.

Las prácticas “contraurbanas” de las que habla la Profesora Rodríguez López, de las que son autoras algunas mujeres y, en general, el cristianismo, “supone el debilitamiento de esa frontera ideológica defensiva que el urbanismo había supuesto para los enemigos del Imperio. La religión de los cristianos incorporaba nuevos modelos sociales, que conllevan cambios en el poblamiento del espacio rústico y urbano; lo que inevitablemente afecta al urbanismo” (p. 91); también en todo lo que se refiere al poblamiento de la ciudad propiamente dicha, buscando muchas mujeres instalarse a las afueras de la ciudad donde se establecerían

comunidades religiosas femeninas (p. 103); igualmente, mujeres cristianas con capacidad económica “colaboran en la transformación de la morfología ciudadana con sus donativos para la construcción de iglesias, altares... Con ello fomentan espacios colaborativos, y más inclusivos, que rompen las barreras sociales, pues en ellos concurren individuos de todo género y condición social”, aunque les queden prohibidos ciertos espacios eclesiásticos (p. 107).

Pero no es solo una cuestión femenina la huida de la ciudad y la búsqueda de espacios rurales; el problema provocado por el abandono de las ciudades por parte de los decuriones determinó la necesidad de una regulación específica para evitar tales comportamientos (*Nov. Mai.* 7), que, como bien señala la A., tiene una vertiente femenina importante que es la que se sintió como necesaria para evitar la decadencia de los municipios. Es este Título en general, y el epígrafe “Aristocracia municipal en femenino” (pp. 110-132) el que explica de una manera excelente muchas de las causas que coadyuvaron a la gran crisis bajo-imperial, y que se revela en los intentos imperiales de control a través de la sanción, fundamentalmente, que en el caso de las mujeres -esclavas y colonas- unidas a los ex decuriones que habían abandonado su ciudad es indirecta, pero no por ello menos graves, quedando privadas de “la protección intermedia, que, aunque simplemente fuera social, le han proporcionado sus parejas ex curiales” (p. 118).

El último de los aspectos tratados en relación con las *Novellae* de Mayoriano y las mujeres está dedicado a la cuestión de la “Criminalidad” (p. 133-153), que se abre con un “Marco delictivo” que sirve al propósito enunciado en el título y que permite entrar en el epígrafe más denso de “Mujeres parricidas y adúlteras”. El primero de los aspectos es tratado en la *Nov.* 5, si bien el contenido de la misma versa sobre los fraudes al Fisco realizados por agentes de la autoridad; en este contexto, se cita el caso de una mujer, Severina, que había matado a su marido, un rico hacendado y cuyos bienes entraban en el supuesto de la *Nov.* al ser casos de defraudación sobre bienes confiscados o sin heredero legal (pp. 142-143). En cuanto al adulterio, la *Nov.* 9 trata esta cuestión referida a un hombre (Ambrosio) “quien habiendo sido condenado por adulterio ha huido para impedir el cumplimiento de la sentencia” (p. 151). Señala la A. cómo Mayoriano eleva la pena de relegación a deportación lo que conlleva que sus bienes pasen a manos del Fisco permitiendo que fuera perseguido en cualquier lugar del Imperio y ser matado sin que concurriera, por tal hecho, ninguna causa de imputabilidad, en una solución jurídica que bebe de los viejos principios punitivos romanos como la *consecratio capitis et bonorum*, donde la gravedad de la pena, además de verse excluido del amparo del grupo, estribaba en las condiciones de dicha exclusión -sin sus bienes- y sin posibilidad de retorno³.

³ La pena, de naturaleza religiosa, imponía al condenado la condición de *sacer esto*, persona consagrada o abandonada a la divinidad, quedando a merced de su suerte. Esta idea aparece también en otros pueblos de la antigüedad como los griegos o los cántabros, estos, en concreto, para el adulterio, que castigaban estos casos con la exclusión del grupo social; *vide* Torres Aguilar,

A partir de aquí, el Título Primero se cierra con el Capítulo IV “Las constituciones mayorianeas que contextualizan a la mujer en su espacio y tiempo” (pp. 157-174). Es un capítulo que sirve de perfecto cierre a todos los anteriores puesto que nos pone ante un cuerpo jurídico (las *Nov.* 8, 9 y 12) que sitúan en sus justos términos todo lo analizado en los capítulos precedentes. ¿Por qué hablar del derecho a portar armas -de nuevo-; de los votos eclesiásticos; y de los aurigas y sediciosos? A primera vista parece que son temas distintos y sin apenas relación con todo lo anteriormente estudiado.

En realidad, tienen mucho que ver. Estas constituciones, y los problemas que regulan, dibujan el escenario en el que se desarrolló el ejercicio del poder de Mayoriano: inestabilidad política y de fronteras con personadas dedicadas al bandidaje, algunos de ellos, antiguos veteranos y un poder que no era capaz de reprimir estos actos provenientes en algunos casos de dentro del Imperio y, en otros, por la presión en las fronteras -expedición de los vándalos-. De este modo, se permite, ya desde tiempos anteriores, la defensa y detención de estos delincuentes por parte de los particulares, buscando, también, resolver un problema ya señalado cual era la propensión de grandes propietarios a aceptar dentro de sus propiedades a este tipo de personas que, o bien se destinaban al cultivo y labores agrícolas o bien, en muchas ocasiones, empezaban

M., “La pena de exilio: sus orígenes en el derecho romano”, *AHDE*, pp. 706-708.

a formar parte de ejércitos privados (pp. 159-161, respecto de la *Nov.* 8); por otro lado, la *Nov.* 9, dedicada a la prohibición de las ordenaciones eclesiásticas forzadas de varones (ya había hecho lo propio con las vírgenes consagradas, en este caso, probablemente con una finalidad de fomento de la natalidad), se presenta como una forma de poner límites al poder de la Iglesia en relación con la finalidad pública del ejercicio de estos votos. Así, dice la autora que “en el Poder público cristiano bajo-imperial se va a requerir la colaboración en funciones públicas de eficientes y preparados miembros del clero”, para lo cual se necesitan personas que no hayan sido obligadas a prestar sus votos sino a hombres plenamente convencidos (p. 164). Por último, la *Nov.* 12, habría reprimido comportamientos de protesta en los que se buscaría el apoyo de las clases más populares y en las que podrían estar involucrados algunos aurigas, personas que, habitualmente podían coadyuvar a exaltar los ánimos del público (p. 171).

En mi opinión, de estas tres *Novellae* “que contextualizan a la mujer en su espacio y tiempo” -como titula la A.-, hay dos claves que hacen perfectamente pertinente su inclusión e interesantísima su lectura: en primer lugar, la inserción de la acción pública o popular para permitir la defensa y perseguir determinados delitos por parte de los particulares. La búsqueda de medidas, más allá del ejercicio de la *coercitio* por parte del poder y sus órganos, que son a los que le corresponden su actuación, delegando en los ciudadanos algunas de estas competencias, supone la asunción de la falta de

capacidad de la administración imperial para llevarlas a cabo y, al mismo tiempo, la necesidad de mantener una paz social que cada vez más se va resquebrajando ante la, paradójicamente, falta de asunción de deberes de algunos ciudadanos -como los decuriones en los municipios; los antiguos veteranos que se dedican al bandidaje; eclesiásticos que toman los votos por mero interés; eclesiásticos o parientes que obligan a otros a consagrarse con la voluntad del afectado; o aurigas famosos exacerbando los ánimos de la plebe y fomentando protestas-.

En segundo lugar, la colaboración no siempre fácil, entre la nueva Iglesia y el poder Imperial donde la mujer ha tenido un papel relevante en los primeros momentos de la Iglesia primitiva pero que va perdiendo poco a poco. Y, sin embargo, pese a esa pérdida de presencia en los estamentos principales de la Iglesia, la mujer tiene una participación vívida en la misma y son muchas las mujeres, algunas de ellas ricas propietarias, que comienzan una nueva vida en nuevas comunidades al margen del poder masculino. Los casos de madres e hijas que buscan una nueva forma de vida suponen un reto para el poder Imperial que ve cómo se desafía a una natalidad en claro retroceso y que pone en pie a mujeres que toman decisiones independientemente del poder del hombre. No se trata solo de limar algunas cuestiones en las que los comportamientos de miembros de la Iglesia pueden chocar con los principios y normas imperiales (como los casos de la prohibición a los eclesiásticos de recibir en herencia dispuesta por emperadores cristianos y criticada por

autores como Jerónimo de Estridón -p. 167-), sino de que la nueva doctrina cristiana lleva a algunas mujeres a salir de la forma de vida que se había considerado históricamente como la vida ideal para una matrona.

Y estas claves cobran todo el sentido -y quedan confirmadas- cuando se lee el Título Segundo. En dos Capítulos “*Principes feminarum*: Mujeres principales en el Imperio y en la Iglesia” (pp. 177-276) y “*De mulieribus* en las normas eclesiásticas y civiles” (pp. 277-311) se abunda en esta retrospectiva del marco temporal y espacial para permitir al lector tener una visión panorámica del tema tratado. A lo largo de estas páginas se verán mujeres relevantes, con nombre propio, en las dos grandes esferas en las que se va a mover el Imperio: el poder político y la religión cristiana (también las heréticas). Su lectura abarca un variado elenco de mujeres de distinta extracción unidas por el hecho de ser las antecesoras de las mujeres de época mayoriana con sus luces y con sus sombras. Pero también se verá cómo las normas de la Iglesia van perfilando un modelo de mujer en el que la doctrina cristiana quiere intervenir: así, los cánones del Concilio de Elvira (305-306 d.C.), sobre el parentesco por afinidad en los matrimonios; la exhibición del lujo en manifestaciones públicas religiosas; sobre la muerte de la esclava a manos de la mujer; sobre adulterio; sobre la excomunión para la mujer que abandona al marido para casarse con otro, salvo que salga de esa situación o se halle en situación de grave peligro, o sobre las parejas de hecho; o el Concilio de Nicea (325 d.C.) donde se

establece que las diaconisas deben ser contadas entre los laicos, excluyéndolas, por tanto, de la jerarquía eclesiástica (pp. 280-287).

Los cánones derivados de los distintos Concilios celebrados con anterioridad al gobierno de Mayoriano han delimitado claramente cuál es la posición de la mujer en los siglos precedentes que, unido al corpus legislativo de emperadores anteriores, presentan un marco “de una sociedad muy “movida”, en la que la vida bulle incluso dentro del orbe cristiano, sin que paganos y judíos queden totalmente al margen” (p. 294). En cuanto a la “visibilidad femenina en el s. V d.C.”, señala la A. que muchas cuestiones relacionadas con la posición jurídica de la mujer estaban ya resueltas desde el punto de vista legal por constituciones anteriores por lo que Mayoriano no tuvo necesidad de legislar (p. 295). Algunas de las constituciones precedentes son las que repasa la Profesora Rodríguez en un esfuerzo loable de precisión y sistematización.

El último gran apartado de la monografía es un “Apéndice” que la A. subtitula como *Renovatio imperio Maioriani*. Es este, probablemente, un aspecto que se trabaja poco en obras científicas como la que nos ocupa, pero altamente recomendable. En él se da una visión mucho más que general (pp. 315-342) de la política del emperador Mayoriano, por el que la A. se inclina favorablemente (“1. Mayoriano, ejemplo de dirigente capacitado”, p. 315) y que sirve para conocer su planteamientos y principios de gobierno más allá de las constituciones, *Novellae*, que centran el estudio monográfico.

El libro se cierra con varios “Anexos”: el primero, con los textos latinos de las *Novellae* del emperador Mayoriano objeto de estudio; uno segundo con una relación de emperadores bajo imperiales; un tercero, con fragmentos en castellano de obras literarias sobre el emperador mayoriano, la mayoría de Sidonio Apolinar, s. V d.C. y, reconozco que, sorprendentemente para mí, un fragmento de Víctor Hugo, en francés, de su obra *La légende des siècles*. A continuación, un exhaustivo índice de fuentes que, de la página 383 a la 405, da buena cuenta del volumen de información que ha manejado la autora, así como la Bibliografía (pp. 407-424) utilizada en tan espléndido trabajo.

Después de la lectura de esta monografía solo me quedan por escribir un par de reflexiones. En primer lugar, esta es una monografía que se puede leer “del derecho y del revés” o, si se prefiere, empezando por el principio o empezando por el final. Sin embargo, como cobra verdadero sentido es siguiendo la lectura tal y como la ha estructurado la Profesora Rodríguez López. La lectura del “Índice Sumario” puede parecer, en un primer momento, que no responde al orden de la disposición clásica: Antecedentes, contextualización y la legislación mayoriana al respecto de las mujeres; en realidad, es justo la contraria. Avisados estábamos. La A. lo explica en el Prefacio: “La secuencia cronológica se ha invertido ex profeso para remarcar la centralidad del objeto de estudio en las mujeres que viven durante el gobierno del emperador

Mayoriano, así como para una vez presentadas queramos conocer más, y para ello debemos adentrarnos en sus raíces” (p. 24).

Sin duda alguna, el propósito de la Autora se ve plenamente satisfecho, pero yo me atrevo a decir más: creo que ha sido un acierto completo. A partir del Título II, el lector se traslada a través de un larguísimo *flash back* a la sociedad que hizo posible las *Novellae* de Mayoriano que tienen como objeto, directo o indirecto, a la mujer ciudadana de su época; y solo cuando se termina con el retrato del emperador y de su política, se acaba de comprender el marco y su contenido en su totalidad. De este modo, este *flash back*, se convierte en una suerte de precuela, por seguir con terminología cinematográfica, que enmarca todo lo leído en el Título Primero, que lo explica y que lo engrandece (¿quién se atrevería a decir que la secuela/precuela de *El Padrino II* fue peor que *El Padrino*?).

Y, en segundo lugar, el acierto del título y su relación con el contenido. Empezando por lo segundo, esta monografía es un claro ejemplo de que se puede seguir investigando sobre mujeres romanas y Derecho romano sin caer en los tópicos de siempre, presentando nuevas perspectivas y contenidos para la discusión científica, aportando nuevas claves y respuestas a problemas jurídicos apenas estudiados hasta el momento, pero para ello hay que tener una formación y una capacidad de trabajo especiales. Como las de la autora. Y, por cierto, saber encontrar los temas, algo que, en muchas ocasiones, se echa en falta.

Y en cuanto a lo primero, siempre me ha llamado la atención la facilidad de la Profesora Rosalía Rodríguez López para titular los epígrafes y sub epígrafes. Ya lo demostró en el trabajo anteriormente citado de *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*. En esta ocasión, títulos tan sugerentes como “1.1. Muchachas y mujeres casaderas (a. Fomento de la natalidad; b. Dote y donación nupcial)” o “1.2. Vírgenes ascetas (a. Solteras por decisión familiar; b. Vírgenes vocacionales; c. Víctimas de agresiones sexuales)” o el sub epígrafe “2.5. Víctimas de los cazadores de herencias” o el “2.6. Suegras estafadas por sus yernos”; o ya en el Título Segundo, “8.2.1. Ricas y biológicamente productivas”; “9.1.7. Enfermeras: Sanitarias en ayuda humanitaria”, incorporando expresiones actuales en la utilización de un vocabulario que resulta expresivo, que acerca al lector al contenido sin por ello perder la referencia y contexto histórico en el que se mueve el contenido de la obra. Igualmente cabe destacar la utilización de mapas, cuadros, tablas, imágenes y otros elementos visuales en todos sus trabajos, lo que sirve de gran ayuda al lector a la hora de fijar muchas de las afirmaciones realizadas.

En definitiva, estamos ante una monografía que supone un claro avance en el conocimiento de una materia no demasiado estudiada por la doctrina y, de manera especial, de un emperador y el contenido de las normas imperiales elegidas (las *Novellae* 5, 6, 7 y 9, pero también las interesantísimas 8, 11 y 12) donde se analiza, en

un mismo contexto histórico, una multiplicidad de situaciones en las que se encontraron las mujeres romanas del Imperio Romano de Occidente. Una obra que es aire fresco en los estudios jurídicos sobre la mujer romana.

Solo cuando se termina de leer el libro se es plenamente consciente de los “difíciles tiempos” de las mujeres del Bajo Imperio y todo lo leído encaja a la perfección. Por eso el “retrogusto” de la lectura de esta monografía es magnífico.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Recensión a Henar Murillo Villar. *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219 págs.

ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA

Profesora titular de Derecho Romano

Universidad de Castilla-La Mancha

alicia.valmana@uclm.es

<https://orcid.org/0000-0001-8962-0588>

(VALMAÑA OCHAÍTA, Henar Murillo Villar. *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ISBN: 978-84-1163-946-0, 219 págs. RIDROM [on line]. 33-2024. ISSN 1989-1970. pp. 376-381.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Las dos primeras líneas de *El orden sucesorio ab intestato: de Roma al Derecho español contemporáneo* dejan clara una idea por todos conocida, pero no por ello menos necesaria de mencionar en el preámbulo de una monografía como la que me ocupa: “El derecho hereditario romano y su posterior recepción es y ha sido un ámbito jurídico ampliamente estudiado por la doctrina” (Capítulo I. Consideraciones generales, p. 15). Esta afirmación, sencilla y contundente, sitúa al lector ante una pregunta sobre el marco en el

que se va a mover: ¿qué se puede esperar de un trabajo de investigación sobre una materia suficientemente estudiada?

La A. lo explica también; su propósito es el “análisis del origen y evolución histórica” de la sucesión *ab intestato* y “conocer las razones que han hecho que, a lo largo de la recepción del derecho romano hasta plasmarse en nuestros ordenamientos jurídicos vigentes, dependiendo de las diferentes situaciones económico-sociales”, hayan primado diferentes criterios para producir la llamada a la sucesión (p. 16). En definitiva, si la sucesión *ab intestato* es el marco conceptual, el contenido de la investigación es, principalmente, el orden de los llamamientos.

Y, efectivamente, lo que uno encuentra cuando lee esta monografía es un estudio eminentemente histórico, de recepción de una institución jurídica de la que, pese a tener información de su existencia desde tiempos antiguos (la Ley de las XII Tablas habría recogido un sistema ya existente), tiene su desarrollo a través de la *bonorum possessio* pretoria y, posteriormente, con las modificaciones introducidas por senadoconsultos (Tertuliano y Orficiano) y constituciones imperiales hasta Justiniano. En este sentido, la obra refleja una estructura lineal desde el primer momento, claramente reflejada en el índice, donde los capítulos se organizan desde el origen de la institución (Capítulo II. “Derecho Romano”, pp. 23-75), pasando por la recepción visigoda, medieval, recopilaciones del s. XVI, hasta el s. XIX con la Novísima Recopilación y los proyectos de

Código Civil (Capítulo III. “Derecho Intermedio”, pp.83-136), para finalmente llegar al Derecho de sucesiones actual tanto en su regulación estatal en el Código Civil, como en la regulación autonómica (Capítulo IV. “Derecho Español Contemporáneo. El orden sucesorio en los diferentes ordenamientos españoles”, pp. 143-184).

En cuanto al origen de la institución, la A. hace un recorrido por la evolución del Derecho romano en relación con el orden de llamamientos en la sucesión intestada. Es un recorrido pulcro y hecho con criterio. Ese criterio es el que ha sido puesto de manifiesto en las primeras páginas, del que la A. no se va a alejar a lo largo del estudio. Y esto es importante de remarcar porque la obra no responde a una finalidad exegética en ningún momento de textos jurídicos romanos, con el consiguiente debate doctrinal, sino al estudio de la evolución y recepción de la institución jurídica objeto del trabajo; esa necesaria linealidad histórica, impuesta por la finalidad del estudio, se respeta en todo momento, lo que es de agradecer. Remarco esto porque otras opciones habrían resultado, probablemente, un fracaso: entrar en el debate de ciertas cuestiones relacionadas con la institución habría provocado, estoy segura, un oscurecimiento del problema estudiado. En este sentido, se podría echar en falta alguna nota más detallada en algunos aspectos que, quizá, la A. incorporó en su día en su trabajo de tesis doctoral; me refiero, por ejemplo, a cuestiones como “el problema de la prioridad de la sucesión testamentaria sobre la intestada o viceversa” (p. 21);

una nota con un desarrollo algo más amplio sobre las soluciones jurisprudenciales en la materia (p. 42); o algunas de las innovaciones en constituciones imperiales (p. 43). Sin embargo, como ya he señalado, la estructura del cuerpo del trabajo es muy acertada y cualquier intento de entrar en cuestiones derivadas del marco conceptual habría significado una obra de difícil lectura y, sobre todo, se habría alejado del propósito de la investigación.

La parte romanística se cierra con un epígrafe, el 7, sobre “La sucesión intestada del liberto” (p. 62-75), muy interesante y muy bien resuelto.

El Capítulo III, sobre Derecho Intermedio, recoge las regulaciones más importantes sobre el orden sucesorio. Es un capítulo redactado con una claridad expositiva digna de mención y muy bien planteado metodológicamente donde las distintas regulaciones históricas se van relacionando entre sí; esto da como resultado un capítulo muy sólido en el que la línea evolutiva de las innovaciones en el orden sucesorio queda puesta de manifiesto claramente, así como las razones de los cambios. Comienza con una obra prejustiniana, el Código de Eurico, para cuyo estudio se sigue, prácticamente de manera total, la línea doctrinal establecida por D’Ors -reconocido honestamente por la A. (p. 83)-, Fuero Real, partidas, Leyes de Toro, Nueva Recopilación, la Novísima, cerrando con los Proyectos de Código Civil.

El Capítulo IV, sobre Derecho Español contemporáneo, es un capítulo en el que la A. se desenvuelve con gran solvencia investigadora, entrando no solo en la regulación finalmente aprobada, sino, como es preceptivo, pero no siempre realizado en otras obras, en los proyectos de ley, la discusión parlamentaria y enmiendas presentadas y recogido, todo ello, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (pp. 148ss). En este capítulo se recogen las regulaciones sobre el orden sucesorio *ab intestato* de las Comunidades Autónomas de Aragón, Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco, además, por supuesto, del régimen general establecido por el Código Civil.

Desde el punto de vista formal, el trabajo está escrito con gran claridad expositiva. Con pocos errores tipográficos, todos los capítulos se cierran con un epígrafe “A modo de conclusión” y en todos ellos se reenumeran las notas. No considero acertado intitular como Capítulo V. “Apéndices” los tradicionales Índice de Fuentes y Bibliografía, pero bien pudiera ser una norma de publicación de la editorial, problema al que nos enfrentamos los autores cada vez que vamos a publicar un trabajo y por el que nos vemos obligados a estar cambiando tipografías y reglas continuamente.

En definitiva, estamos ante un trabajo pulcro y claro, de mérito indiscutible. Responde a una linealidad necesaria en las investigaciones que se enmarcan en el estudio de la recepción del Derecho romano, entrando en las regulaciones históricas del orden

sucesorio *ab intestato* más importantes hasta nuestros días y sin obviar, dentro de la regulación vigente, todo lo relativo a la discusión parlamentaria, así como la legislación de las comunidades autónomas. De lectura fácil, sin que ello merme la calidad investigadora del trabajo, es una monografía muy recomendable para profundizar en la evolución de la institución y los criterios que han determinado históricamente el orden de los llamamientos *ab intestato*; una monografía que invita a la reflexión y que supone un avance en el conocimiento de la materia.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Crónica de la presentación del libro “EL SUJETO DE DERECHO. EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA Y ACTUALIDAD”, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles.

Gonzalo Jerez Romera

ORCID: 0009-0006-4581-6902

Universidad Pablo Olavide

(JEREZ ROMERA GONZALO. Crónica de la presentación del libro “EL SUJETO DE DERECHO. EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA Y ACTUALIDAD”, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles. RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 382-389 . <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

El pasado 14 de octubre de 2024 tuvo lugar en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles con sede en Sevilla, la

presentación del libro *“El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad”* coordinado por el catedrático de Derecho Romano de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (UPO), Bernardo Periñán Gómez, y coeditado por Carmen Cortés Román, Aurora López Güeto, Anna Karabowicz y Francisco J. Tejada Hernández.

La presentación fue organizada por el citado Decanato Territorial de los Registradores de la Propiedad. El acto se desarrolló de manera presencial y se transmitió en directo, contando con la presencia de D. Manuel Ridruejo Ramírez, Decano Territorial, quien fue el encargado de presentar el acto, y de D. Bernardo Periñán Gómez, del Registrador Mercantil número 2 de Sevilla, D. Juan José Pretel Serrano, D. Manuel Seda Hermosín, Notario de Sevilla y Vicedecano del Colegio Notarial de Andalucía y D. José Ángel Gallego Vega, Registrador de la Propiedad del número 6 de Sevilla, que actuó como moderador del encuentro.

La presentación contó, además, con la nutrida asistencia de profesores, investigadores, registradores, notarios, abogados y público en general, interesados en la obra que allí se daba a conocer. El acto se inició tomando la palabra D. Manuel Ridruejo quien presentó a los ponentes, sintetizando la trayectoria de los mismos. El Sr. Decano resumió brevemente el prólogo del libro alabando especialmente el trabajo de los coeditores. Al tiempo, subrayó la precisión de la obra y, en especial, el hecho de que se tratasen dos instituciones romanas

como son la tutela y la curatela, de gran actualidad a raíz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Así pues, no dejó de dar las gracias al profesor Periñán Gómez por cuanto la obra presenta un exhaustivo análisis del Derecho Romano y se ocupa de temas de trascendencia actual.

A continuación, D. José Ángel Gallego dio la palabra al Prof. Periñán, quien manifestó sentirse muy honrado de encontrarse en aquella sede destacando las buenas relaciones que existen entre la UPO y el Decanato. Asimismo, agradeció su colaboración a todas las instituciones que han hecho posible que la publicación saliera adelante, sin dejar de mencionar a la propia UPO, al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, al Colegio Notarial de Andalucía y a la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), entre otros. De igual manera, agradeció su empeño y dedicación a los coeditores de la misma y a todos los autores que han contribuido, destacando que no se trata de una obra estrictamente nacional, sino que ha contado con autores de hasta ocho nacionalidades diferentes. Tampoco dejó de mencionar a la editorial Comares, a la que agradeció su profesionalidad en todas las fases del proceso de publicación.

En cuanto al contenido de la obra, el Dr. Periñán destacó la calidad y creatividad de la romanística aquí representada, como muestran los Congresos de AIDROM que se celebran anualmente, a la vez que añadió que “a los buenos estudios de Derecho Romano no los deroga la norma jurídica, sino que los supera la propia Ciencia romanística, que se renueva y crece sobre sí misma mediante el estudio de las fuentes”. En este sentido, deseó que la obra presentada fuera pronto superada por la viveza de nuestros estudios. Bernardo Periñán destacó, en primer lugar, la unidad del trabajo y la coherencia conseguida para el conjunto, también desde el punto de vista formal, para exponer a continuación que el tema del libro es la persona en su ámbito público y privado en el Derecho Romano. Asimismo, subrayó que, en la concepción clásica romana, “la persona es titular de su propia esfera material e inmaterial, *corpus* y *animus* del individuo, lo que éste proyecta en el ámbito público y privado en el marco del Derecho.” Finalizó esta intervención inicial con el agradecimiento al Decano, al resto de los ponentes y a todos los asistentes al acto.

Se le concede entonces la palabra al señor Pretel Serrano, quien comenzó dando las gracias por contar con él y comentó que siente una gran admiración por la obra que se presenta y por la coherencia que tiene en su conjunto. Subrayó que le sigue llamando la atención la institución jurídica de la tutela en cuanto que no deja de tener su origen en el Derecho Romano, y la relaciona con la Ley 8/2021. Es más, expresó que, una vez revisada la mencionada ley, sintió un *déjà vu*

ver de nuevo en juego las instituciones romanas. Así, ensalzó que la materia actual beba de una institución de larga trayectoria histórica, si bien, como anécdota, expuso que cuando revisó por primera vez la Ley 8/2021 y se percató de la clara influencia del Derecho Romano, algún que otro compañero le comentó que “no debía hablar constantemente de Roma”. En otro orden de cosas, analizó también el concepto de persona jurídica comentando a los asistentes que esta figura tiene su origen en la Edad Media y Moderna, no tanto en la época romana. De hecho, matiza que una de las razones por la que surgen las personas jurídicas es para hacerse con concesiones públicas con el fin de que realicen actividades donde a la Administración le costaría llegar, poniendo el ejemplo de las compañías inglesas, holandesas o españolas que se encargaban del comercio a gran escala. Continúa exponiendo la influencia del Derecho anglosajón respecto de los pactos accesorios de los socios de las mercantiles, así como los mecanismos públicos para judicializar a las sociedades mediante la teoría del “levantamiento del velo”, matizando que se trata de “un mecanismo no solo reservado al poder judicial, sino también a la Agencia Tributaria”. Finaliza su exposición aclarando que percibe inseguridad en algunas actuaciones relacionadas con el ámbito mercantil, debido a que éste no tiene un origen tan directo en el Derecho Romano, pues, si lo tuviera, no tendríamos hoy tantas incongruencias ni influencias del Derecho anglosajón.

Una vez terminada la exposición del Titular del Registro Mercantil II de Sevilla, se le concede la palabra a D. Manuel Seda Herмосín, Notario en la ciudad de Sevilla y Vicedecano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía. Nuevamente, da las gracias a Bernardo Periñán y a todos los autores de la obra, destacando a la UPO y a todas las instituciones que han contribuido a que el libro sea una realidad. El Sr. Seda Herмосín comienza diciendo que se siente muy cercano a la romanística y que participa activamente escribiendo artículos relacionados con el Derecho Romano, así como asistiendo a las conferencias que se realizan en torno a esta materia. Destaca, además, la singularidad de la Universidad Pablo de Olavide, a la que percibe como una universidad joven donde se concentra una gran cantidad de profesionales, investigadores y docentes muy ilusionados con el futuro y la innovación. Continúa diciendo que fue invitado al último congreso de Derecho Romano y que ha contribuido escribiendo un capítulo del libro titulado *El legado de parte alícuota y la tutela ejercida por la mujer en el Derecho Romano*, cuyo contenido expone brevemente. Sigue su exposición planteando la cuestión de si a los notarios les interesa el Derecho Romano, respondiendo afirmativamente, ya que no deja de ser un pilar de la civilización occidental y continúa parafraseando un texto de Cicerón donde destaca las bondades del Derecho Romano respecto de otros ordenamientos de la época. Prosigue D. Manuel Seda destacando que al notariado español le concierne el Derecho Romano puesto que en él se concentran los principios jurídicos que tienen como consecuencia el surgimiento del Derecho positivo, y porque ayuda a

desentrañar los problemas relacionados con la naturaleza jurídica de las instituciones, clave para entender el ordenamiento jurídico de la hora presente. Destaca que la evolución del Derecho Romano sirve de base e influencia, sobre todo, a los Derechos civiles españoles, como el catalán y el balear, pero también al aragonés y al navarro, si cabe más que al común. Igualmente, resulta ser la esencia del Derecho europeo que engloba al conjunto de los Estados Miembros de la Unión.

También comenta este ponente que dicha influencia se debe en gran parte a la creación práctica del Derecho Romano a través de la actividad pretoria y de los *responsa* de los juristas clásicos romanos. Seguidamente, hace hincapié en el prólogo del libro por cuanto se refiere a la dimensión pública y, sobre todo, privada de la persona, señalando la importancia de esta última esfera respecto de la autonomía de la voluntad y de la libertad que deben tener las personas frente a los poderes públicos. Finaliza su exposición mencionando la gran conexión que existe entre las instituciones jurídicas romanas y las actuales como, por ejemplo, el divorcio y la ya mencionada tutela, y, parafraseando al profesor Periñán Gómez, concluye que “el Derecho Romano no es en absoluto remoto, sino que es el ayer”.

Tras la intervención del Sr. Notario, vuelve a tener la palabra D. José Ángel Gallego Vega, quien abre el turno de preguntas girando las cuestiones planteadas en torno al contrapeso que supone el Derecho Romano respecto a la situación jurídica y política del momento. Con

ocasión de este debate, vuelve a tener la palabra D. Bernardo Periñán quien da nuevamente las gracias a todos los asistentes y a quienes han contribuido a que el libro sea una realidad. Resume que el Derecho Romano proporciona al presente modelos jurídicos muy influyentes, como el matrimonio basado en la *affectio maritalis*, la tutela, la curatela o la adopción, que volvió a los ordenamientos jurídicos occidentales tras la Primera y la Segunda Guerra Mundial cuando se daba ya por obsoleta. Hace así una reflexión sobre la calidad del derecho en la época clásica, que se sintetizará en el *Corpus Iuris Civilis* y proporciona herramientas de gran calidad al jurista actual, al tiempo que ordena su *forma mentis*. Destaca que el Derecho Romano es sobre todo procesal y que preserva la esfera privada de las personas. Igualmente, comenta que debe valorarse la herencia política de Roma por cuanto muestra incluso el germen de los valores democráticos en los procesos políticos que, aunque no sean equivalentes a los actuales, son superiores a sus homólogos en el mundo antiguo. Finaliza el profesor recordando que el siglo XX fue el del renacer de la romanística hispana a través de grandes figuras universitarias de referencia y que corresponde a los romanistas en ejercicio mantener una investigación de calidad en Derecho Romano, así como asegurar su cultivo a través de nuevas generaciones de juristas.

Gonzalo Jerez Romera

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 23/07/2024	Fecha de aceptación: 29/07/2024
Palabras clave: <i>Derecho romano, docencia, historicidad, ahistoricidad</i>	Keywords: <i>Roman Law, teaching, historicity, ahistoricity</i>



EL OSCURO FUTURO DEL DERECHO ROMANO EN ESPAÑA

THE DARK FUTURE OF THE ROMAN LAW IN SPAIN

Armando Torrent Ruíz

Catedrático de Derecho Romano

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ORCID : <https://orcid.org/0000-0003-3702-089>

(TORRENT RUÍZ, Armando. El oscuro futuro del Derecho Romano en España.

RIDROM [on line]. 33-2024.ISSN 1989-1970. pp. 390- 409.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

En este artículo se analiza la realidad de los estudios de Derecho Romano en las Universidades españolas y sus antecedentes con la crisis comenzada en el siglo XX

Abstract:

This paper analyses the reality of Roman Law studies in Spanish universities and its antecedents with the crisis that began in the twentieth century

El acortamiento de la docencia del Derecho Romano en España reducida a un cuatrimestre en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, en realidad se trata de un bimestre con tantos puentes y días de fiesta. Ello implica un notorio empobrecimiento en la formación de los futuros juristas españoles, que se extiende igualmente a la reducción de la enseñanza de la Historia del Derecho Español a otro cuatrimestre, reducción a veces promovida por los profesores de Derecho positivo; éstos sufren una constante y escasamente coherente evolución legislativa que hace difícil saber cuál sea exactamente el derecho aplicable en cada momento, porque hoy por hoy el derecho positivo se mueve envuelto en una continua y perturbadora nebulosa legislativa sólo salvada por el laborioso trabajo de los jueces y magistrados de los tribunales superiores, que si ofusca la mente de los profesores de Derecho, no digo la de los alumnos, que desde el punto de vista positivo se encuentran ante un ordenamiento sujeto al albur de un derecho que únicamente responde a los diseños de un poder ejecutivo que pretende someter el derecho a su propia visión ideológica haciendo tabla rasa de las bases y preceptos constitucionales que son las que deben informar el derecho positivo.

El poder ejecutivo español actual es de base social-comunista y Sánchez *et alii* con el apoyo de otros grupos políticos que tratan denodadamente de disolver la secular unidad jurídica de España, desprecia la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional no cejando el ignorante poder político en su intento de controlar la

función judicial nombrando miembros afines (el caso más destacado son los nombramientos del presidente del Tribunal Constitucional y del fiscal general del Reino), y lo que es peor, denigrando a los jueces que no sean fieles seguidores de la visión totalitaria del poder ejecutivo, es decir, porque no siguen las directrices del poder político que esencialmente son un ataque feroz a la independencia judicial, pilar fundamental de todo Estado democrático de Derecho.

Por eso la reducción del Derecho romano en los planes de estudios de la carrera de Derecho deja en el romanista una gran inquietud ante el desprecio de los grandes principios jurídicos seguidos secularmente en España de clara impronta romanística, y si se relega el derecho a una visión que prescinde de su Historia, esto es índice de que los que han ordenado la reducción didáctica del Derecho Romano tienen una visión totalitaria del derecho que queda reducido a su mero entendimiento ideológico.

Estas inquietudes y sus causas han de ser afrontadas con la serenidad que dan a un tiempo la honradez intelectual y el imprescindible y firme convencimiento epistemológico de que la sensación de “extrañeza” entreverada de “familiaridad” ante la materia de estudio, y el “distanciamiento temporal histórico” que en gran medida da origen a aquella “extrañeza”, junto con el consiguiente “poner o estar en cuestión” tal materia, precisamente las “condiciones” para la toma de conciencia de que estamos ante una tarea hermenéutica, y que únicamente ésta nos permitirá

desentrañar y comprender desde nuestro presente y nuestro “ser histórico” aquella materia en la que se había enraizado nuestra tradición jurídica transmitida continuamente, desde el s. III a. C., pasando por los códigos visigóticos y las Partidas de Alfonso el Sabio que estuvieron vigentes hasta el s. XIX.

Pero hoy el Derecho romano ha quedado abandonado a su suerte con nulo remordimiento por gran parte de nuestros colegas, especialmente los de ramas jurídicas vigentes, quienes desprecian absolutamente las materias históricas.

Desde luego no es derecho vigente sino un derecho histórico, pero dado el desbarajuste actual del derecho positivo, la pésima legislación positiva, la nefasta inspiración jurídica del gobierno de la nación que la considera totalmente sometida a sus intereses políticos totalitarios hace que la recuperación del Derecho Romano sea cada vez más necesaria.

Estas inquietudes embargan al romanista al observar que su disciplina es “extrañada” y abandonada hoy a su suerte por gran parte de los docentes de ramas positivas. Por desgracia esto ocurre a veces por culpas nuestras: por ignorar el momento de “aplicación” actual de todo proceso de “comprensión al desgajar el Derecho Romano de la vida de su tiempo y por buscar una quimérica “reconstrucción” ajena a su “propio horizonte histórico” de intérprete, lo cual o bien es una reconstrucción contradictoria e

inalcanzablemente “objetivada” de modo científico-naturalista, o bien utópicamente “subjetivada” desde el punto de vista del autor de lo interpretado, ya psicológicamente desde sus vivencias, ya pretendidamente desde las ideas propias del mismo, y eso que nadie ha pensado en Croce cuando decía que toda historia es historia contemporánea, y cuando alguien lo hizo fue cubierto de injurias. Y, sin embargo, las observaciones anteriores no son “presentismo”, sino por el contrario, es “conciencia histórica”.

En último término, muchas veces no se ha sabido poner de relieve que en cuanto el “saber” jurídico es *prudentia* o frónesis que se autoconstruye según es vivido y ejercitado en situaciones precisamente diversas (*vere, non simulata, philosophia*: Ulpiano (1 *Institutiones*) D. 1,1,1,1, la “información” que la disciplina romanista proporciona sobre la experiencia básica, sobre la propia historia capital de este saber nuestro, significa la simultánea “formación” en el mismo.

De este modo el romanista actual ve –en parte dentro de su responsabilidad- que su disciplina que hasta finales del XVIII y bien avanzado el XIX había monopolizado el estudio jurídico, y que aún después de perder la pura “positividad” y de reconocerse como referida a una materia histórica, había mantenido su relevancia en la idea de Derecho sin reducirse a un conocimiento de interés puramente “anticuario”, en estos momentos se encuentra amenazada de relegación a un papel de simple accesorio en el plan

de estudios de Derecho después de haber perseguido, por un lado un insostenible rol de exclusivo paradigma; por otro haber corrido el peligro de perder su misma especificidad en diversos extremismos metodológicos.

Todo esto implica un momento de decadencia en España en todos los órdenes causado por un Gobierno ignorante, materialista, corrupto, y de poco vale la inquietud del romanista en el estudio del Derecho Romano por la incidencia conjunta de dos razones coetáneas: 1) el momento actual es de una crisis radical y básica; 2) este momento corona más de medio siglo en el que la visión del Derecho Romano y de su estudio ha experimentado un vuelco total, una total transformación fruto de una serie de fenómenos que se inicia sobre todo ente los años 20 y 30 del siglo XX, se consagra entre los 50 y los 80, y se acentúa en lo que llevamos del s. XXI a partir de la desdichada Declaración de Bolonia asumida por los Rectores de las Universidades europeas.

Tales fenómenos quizá pueden concentrarse o reducirse de modo extremado y simbólico en otros dos relacionados entre sí: por un lado la superación del interpolacionismo; por otro la superación del reduccionismo a una intemporal y armónica clasicidad jurisprudencial que implica un freno a la potencial momificación de la materia en unas *Antiquitates* neohumanistas muertas, que al mismo tiempo reabre el problema de la identidad del Derecho Romano tal como viene diseñado en los desterradores planes de

estudio diseñados por la necia autoridad administrativa gubernamental en que a partir del llamado Plan Bolonia cada nuevo ministro de Educación es peor que el anterior.

Hablar del desdén de las autoridades políticas por el Derecho Romano debido a sus notorias torpezas, gran ignorancia del gobierno por nuestra materia seguido torpemente por tantos positivistas actuales, no deja de ser un fenómeno que repercute en la docencia e investigación del Derecho Romano, pero hablar de estos ignorantes políticos no deja de ser una banalidad que tampoco es un fenómeno español pues se arrastra desde la nefasta ideología política nazi, manifestación de unas terribles pulsiones totalitarias que parecen reverdecer en los hiperbólicos momentos actuales: guerra de Palestina contra Israel, Ucrania contra Rusia con la amenaza de más amplias coaliciones europeas, más las innumerables guerras de los países africanos y algunos asiáticos entre sí y contra sus propios nacionales.

Son luminosas, pero también pesimistas las reflexiones de un laborioso romanista español de nuestros días, Alfonso Murillo¹, catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Burgos donde ejerce un prestigioso magisterio defendiendo con denuedo nuestra asignatura.

¹ A. MURILLO, *¿Para qué sirve el derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, (Santiago de Compostela 2018)

Afortunadamente en España vivimos desde 1939 tiempos de paz, descontados las graves disputas parlamentarias entre los grandes partidos que se han ido alternando en el gobierno desde el advenimiento de la democracia basada en la Constitución de 1978.

De todos modos, la crisis del romanismo, como señala Orestano², había sido puesto de relieve en diversos trabajos de Georgescu desde 1936 en adelante, pero sobre todo desde que Koschaker publicó un famoso y simbólico trabajo sobre la crisis del derecho romano en 1938³, aunque Mario Lauria ya había visto algo de esto en 1935.

Sin embargo, y a pesar de todo, se acabó por hablar distendidamente de la crisis en el marco más amplio de una especie de “eterno” problema del derecho romano⁴ que se habría manifestado ya al menos en el derecho justiniano con una sensación de Orestano de “extrañeza” frente a un derecho romano como derecho del pasado (constitucion *Tanta*,18; *Deo auctore* 4) que consentía plantear las cuestiones de su vigencia y finalidad de su enseñanza, en aquel entonces según la const. *Omnem*, estudiadas en tiempos más recientes y con diversas conclusiones por Archi y Bonini entre otros.

² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del dritto romano*, (Bologna 1987) 492.

³ P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, (München-Berlin 1938).

⁴ ORESTANO, *op. cit.* 490 ss. en relación con 455 ss.

Es un problema cambiante y multiforme del Derecho romano, debido principalmente a su confusión entre Derecho romano puro o de los romanos y tradición romanística, que podría llevarnos a su enfoque como derecho de valor “normativo” y no solamente histórico, lo que quiere decir que con sus filias y fobias según la concepción de cada época, caben diversos enfoques en cuanto al estudio del Derecho romano propiamente dicho, o histórico⁵.

Hay en estas ideas una gran parte de razón que hizo pensar a los autores de la segunda mitad del s. XX que éste debía ser el enfoque (que se presume) más acertado del “problema” y de la llamada “crisis” del derecho romano, cuya dilucidación a las alturas de 2024 en que escribo estas líneas, representa una verdadera tortura a los romanistas actuales.

Ciertamente el Derecho romano no puede tener hoy aquel valor “normativo” que más o menos discutiblemente se le dio en tiempos pasados de nuestra tradición jurídica, pensemos en la decimonónica. Con arreglo a lo que hemos venido diciendo podría parecer que hoy en día no hay una “crisis” del Derecho romano histórico, sino en todo caso del Derecho romano pretendidamente “normativo”, y que el primero no tiene más “problema” que el que, para determinados métodos de su estudio, pueden implicar las predominantes concepciones jurídicas del tiempo, que en nuestros

⁵ Vid. ORESTANO, op cit. 457 ss., 480 ss. así como 12 ss., 312 ss.

días con la célebre Declaración de Bolonia que dirige la política educativa universitaria de la Unión Europea que debemos seguir todos los Estados miembros, ha trastocado todos los estudios jurídicos, que por lo que se refiere a nuestra disciplina ha recortado notablemente el tiempo de su enseñanza en las Facultades de Derecho.

En los 24 años que llevamos del s. XXI se dan una serie de circunstancias en ese ancho campo de lo que unas veces se llaman Humanidades en contraposición a las Ciencias restringidamente dichas (Matemáticas Física, Química, Geología, Medicina), confundiéndose con las Humanidades que engloban una serie heterogénea de saberes recogidos en las llamadas Ciencias del espíritu, Morales⁶, Sociales, tema apasionante por lo que se refiere al Derecho.⁷

De entre cuyas circunstancias unas, que se dan en la parcela de los estudios históricos, por lo menos afectan al modo predominante de hacer Derecho Romano histórico afectando sustancialmente al interés de este Derecho en sí mismo relegándolo a un último plano de la Historia jurídica; otras, más generales, afectan al conjunto de las referidas “ciencias” y conciernen a la historicidad que propicia el auge de alguna de sus ramas, y otras se dan en el concreto campo

⁶ Vid. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e Diritto. Gli itinerari dell'“aequitas”*, (Torino 2013).

⁷ Vid. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto i Occidente*, (Torino 2005).

jurídico, y en conjunción de un modo u otro, con alguna de las ahora aludidas, aproadas a las que llamamos ciencias materiales o de la naturaleza que producen un resultado final de aversión a nuestro estudio.

Contra el Derecho romano, o sea en el marco de los estudios históricos, parece evidente que se ha producido un ataque de sustancial ahistoricidad que, de verse contrapesado de algún modo, lo es preferentemente por una historicidad anecdótica y más de una vez “literaria”, “culturalista”, que viene fomentado por la simple mirada hacia atrás propia de nuestro indeciso escepticismo de finales del s. XX y primeros decenios del XXI.

En este marco, en primer lugar y a pesar del reverdecimiento de la Historia del Estado, de los estudios sobre la Política, que se ha puesto absolutamente de moda, a veces muy confusamente en el que ha entrado con fuerza el mundo femenino, en ocasiones tan garrulos los hombres como las mujeres, en el que se va imponiendo un llamado empoderamiento de la mujer, que desde luego tiene un fondo de verdad indiscutible; estoy convencido que si mandaran más las mujeres viviríamos en un planeta más feliz y pacífico.

Lo dicho hasta ahora hace que desde el punto de vista cultural general haya un interés menor por la antigüedad greco-romana, y que si hay un interés sea muchas veces un interés por aspectos

anecdóticos; hace también que en el campo concreto histórico-jurídico el colega docente de Historia del Derecho español goce a diferencia del romanista de la autoconfianza proporcionada por la seguridad de que no tiene que demostrar que su materia es algo que “nos concierne” aun cuando hable de Derecho español prerromano, de germanismo o de feudalismo.

En el campo general de aquellos saberes que en nuestros días se prefiere llamar ciencias del espíritu, sociales, morales, se han producido en los tres decenios últimos una serie de circunstancias que producen una tendencia a la ahistoricidad que menguan el valor de lo histórico con una ola de hostilidad tecnológica contra la Historia. Entre tales circunstancias pueden señalarse desde la creciente recepción de la teoría de la ciencia y de la filosofía analítica anglosajona, y el auge de algunas ramas de las “ciencias sociales” como la psicología social y las socio-lingüísticas pasando por el empleo aún dentro de las ciencias del espíritu históricas clásicas de métodos cuantitativos, de nuevos medios metodológicos de la estadística con un difícil trasplante a una situación de escasez de datos como es típica y tópica de la Historia Antigua y de la Alta Edad Media, por el empleo del planteamiento científico y la organización técnica de la investigación y por la recepción en general de métodos y planteamientos americanos y británicos que hacen llegar a la convicción de que son dominables los procesos sociales que conduce necesariamente a una “conciencia” de “ingeniero social” que quiere ser “científico” y que piensa en una

experimentabilidad de las ciencias sociales como si fuesen ciencias de la naturaleza.

A todo ello hay que añadir el factor que en una destacadísima figura del pensamiento del s. XX como Popper, viene constituido por la conjugación de unos nuevos Espiritu y Filosofía científicos con una denodada defensa de la libertad del Proyecto Humano en lucha contra las ataduras deterministas del Historicismo. Este factor lleva a la defensa de la construcción y análisis de modelos “sociológicos” en términos “descriptivos”, o “nominalistas” de “individuos” -y no en términos de “modelos esencialistas” de “instituciones”- como tarea de la Ciencia social apuntando al llamado “individualismo metodológico”, y en lo que en estos momentos atrae nuestra atención, al rechazo de una Historia que si no es ya la tosca Historia política de grandes hombres que muchas veces no son sino grandes tiranos, de guerras, etc.; es una historia - sea “idealista” o “dialéctica y materialista-”, de “ficciones esencialistas” o “entidades colectivas, institucionalista, de naciones, de clases que luchan, de épocas..., pero no de las incontables y desconocidas personas individuales que deciden, actúan, combaten, sufren, mueren, aunque el “individualismo metodológico” huya del “psicologismo”.

Con todo esto hay un decidido fortalecimiento actual de la ahistoricidad y con ella partidarios y simpatizantes -cada vez menos- de un estudio del Derecho Romano como producto histórico

desconectado de la tradición jurídica posterior que ha hecho descansar –confiada o temerosamente– la subsistencia de este estudio en el mantenimiento a su vez de la sensibilidad histórica de la cultura europea (Carrelli y Talamanca son ejemplos de ello), pero incluso esta condición se tambalea si no ha caído realmente ya.

El derrumbamiento del verdadero aprecio por la Historia y sus futuras consecuencias para los estudios universitarios son fácilmente comprobables en España a través de hechos como las insensatas y continuas reformas de las enseñanzas medias que ha motivado que al fin desde el campo de nuestros historiadores de raíz marxista, se hayan publicado obras con títulos como *En defensa de la Historia* en las que se utiliza incluso el argumento de la contribución de la Historia a la formación de la identidad nacional.

Este fortalecimiento de la historicidad se conjugó con la apertura en los ultimísimos decenios, dentro del campo jurídico, de una lucha ideológica por la docencia del Derecho destacando las concepciones del Derecho como organización en pro de la igualdad y como coordinación de libertades en pro de éstas. En la conjunción de estos dos factores se dio una equivocada potenciación de la ahistoricidad, de modo que por lo que importa en esta sede ambas orientaciones ideológicas, tanto por ejemplo el individualismo jurídico de corte anglosajón volcado en una metodología “cuantitativa”, sociológica y economicista, como la opción colectivista (de Barcellona y otros como Hart y Mückemberger) que

manifestaron no solo un desinterés por el estudio histórico-jurídico, sino también más de una vez en oposición al mismo, como gravemente perturbador de la formación del jurista, que a mi juicio es una auténtica falacia.

En tales circunstancias es más que nunca explicable que hayan surgido aquellas inquietudes intelectuales y personales que he mencionado al principio de estas páginas, y dadas estas inquietudes debemos decir con Orestano que existe una “crisis de los romanistas” al estar en discusión el significado de su labor por el progresivo alejamiento de los estudios de Derecho Romano de los estudios de los Derechos modernos.

Los romanistas, que consideran el Derecho romano como su propia casa, se sienten cada vez más solos en ella, cuando en tiempos anteriores antes era la más bella y frecuentada de los pueblos europeos trasplantada al Nuevo Mundo por la monarquía española. Al verla envejecida y poco confortable, con el deseo de hacerla agradable a posibles huéspedes los romanistas se dedican a cambiar cosas, a un hacer y deshacer para estar *a la page* y listo para desarrollar una función práctica, cualquiera que sea, movidos por una instintiva necesidad de sentir su disciplina en sintonía con lo que parece más actual y adelantado⁸.

⁸ Cfr. ORESTANO, *op. cit.* 491; 507-508.

No sería sincero decir que no hay nada de esto y no reconocer que hay una notable parte de verdad en tales preocupaciones de algunos o muchos romanistas, aunque en nuestros días debemos subrayar que por desgracia con gran probabilidad puede haber un gran error en la descripción de Orestano de los acongojantes desvelos del romanista por adaptar su “casa” a lo nuevo, error brutal que consistiría en ignorar la esencia de la interpretación histórica no restringible a la búsqueda de un sentido único aunque fuese el querido por determinado autor o autores que se da en aquella clase de estudios inherentes al romanista.

La interpretación histórica cuenta con un “tema” u “objeto” dotado también de una “movilidad histórica” que se justifica desde el intérprete, y que viene dada por hallarse en el movimiento histórico de la vida misma, en los “intereses del presente”, y aun sería mejor decir que del “futuro” en cuanto que para el pensamiento histórico más que presente hay sólo “horizontes cambiantes de futuro y pasado”.

Si hay una “crisis de los romanistas” en los términos antedichos, es cierto que podría hablarse también, como dice Guarino⁹, de una “crisis científica” del Derecho Romano. Pero no es lícito intentar hacer ver que esto es sólo lo que hay, y que la pretendida “crisis de los romanistas” se reduce, según quiere

⁹ A. GUARINO, en *Labeo* (1988) 46.

Orestano, a la pretendida crisis del Derecho Romano, porque como pone de relieve Guarino¹⁰, después de haber pasado 66 años hablando de la “crisis del Derecho Romano” y de que ésta es lo decisivo, de lo que se debe hablar es de “crisis de la enseñanza del Derecho Romano” esto es lo decisivo, indicando la certidumbre de que si se acaba la docencia de la materia se acabará también su estudio.

En España es palpable y evidente la crisis de la enseñanza del Derecho Romano, y no sólo porque la proyectada reforma del Plan de Estudios de la carrera de Derecho se propone privarla de su carácter troncal, sino además porque el RD de 27, XI, 87 sobre Directrices Generales comunes a los Planes de Estudio de los títulos universitarios deja de garantizar a nuestra materia por primera vez en la Historia española de la enseñanza del Derecho su papel formativo ínsito en su función introductoria o propedéutica correlativa a la situación de la asignatura en el primer curso, al permitir, aunque no por exclusiva decisión arbitraria del alumno como pudiera parecer y a veces se ha creído, si no en su caso conforme a su posible fijación y aprobación previas por la Universidad correspondiente, la libre ordenación temporal del aprendizaje con fijación de las secuencias entre las respectivas materias.

¹⁰ GUARINO, Eod. loc., .50 nt.. 40.

Después de 70 años de hablar de la “crisis” por parte de algunos como si tratase de un ficticio tema retórico, lo que hay es la real y quizá irreparable explosión de la “crisis de la docencia del Derecho romano”, que según resaltó Guarino¹¹, es lo que cuenta, y que no puede confundirse con el problema científico del estudio histórico del Derecho romano “de los romanos”, como pretendió Orestano antes de ridiculizar de hecho unos intentos de actualización del Derecho Romano, que más bien lo eran a veces de su enseñanza más que de su estudio científico (en su método o en sus objetivos), y de reducir la crisis a una crisis de romanistas¹².

Todos conocemos la propuesta de actualización del Derecho Romano de Koschaker, paradigmático denunciador de la “crisis” así como anunciador del lema “zurück zu Savigny”. Ante el tema de la actualización lo menos que se puede hacer es distinguir, como hace Guarino, entre actualización del estudio del Derecho romano, y actualización de la exposición de los resultados de este estudio, y sobre todo de su enseñanza. Partidario Guarino desde el punto de vista del método, del cómo, de caracterizar esencialmente el estudio del derecho romano como un estudio histórico, algo que ya hemos anticipado, precisamente hace que sean relevantes la perspectiva y actualidad del estudioso, y no tiene que contradecir el planteamiento de Koschaker, porque una cosa es el método y otra la sustancial visión, selección y comprensión de lo históricamente

¹¹ GUARINO, loc. cit. 48-49.

¹² Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, 457 ss.; 491 ss.; 502 ss.

estudiado. Según Guarino, sin embargo, debe haber una “actualización del lenguaje” para la exposición de los resultados obtenidos con aquel estudio.

Pero sobre todo entiende Guarino que debe haber y por ello proponerse, incluso con una cierta brutalidad si fuera necesario, una “actualización de la docencia del Derecho Romano, no ya en el lenguaje, sino también en la estructuración sistemática de la exposición didáctica que debe acercarse lo más posible a la estructuración sistemática de la docencia del Derecho Romano que ante tantos problemas es lógico que los romanistas españoles nos sintamos muy inquietos ante el futuro de nuestros estudios con el que se enfrentaron específicamente muchos juristas andaluces¹³ y otros romanistas de distintas Universidades españolas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

A. GUARINO, en *Labeo* (1988) 46.

R. HERRERA BRAVO M. SALAZAR REVUELTA, *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Universidad de Jaén 1999)

¹³ R. HERRERA BRAVO M. SALAZAR REVUELTA, *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Universidad de Jaén, 1999) que aparte de tratar otros temas cuenta con trabajos específicos sobre nuestro tema: R. LOPEZ ROSA, *Derecho romano y formación jurídica al amparo de la legislación reformista española*, *ibid.* 25 ss.; A. ORTEGA CARRILLO, *La optatividad y libre configuración en el derecho romano*, criterios, *ibid.* 59 ss.

- R. LOPEZ ROSA, *Derecho romano y formación jurídica al amparo de la legislación reformista española*, *ibid.* 25 ss.
- P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, (München-Berlin 1938).
- A. MURILLO, *¿Para qué sirve el derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, (Santiago de Compostela 2018)
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, (Bologna 1987) 492.
- A. ORTEGA CARRILLO, *La optatividad y libre configuración en el derecho romano, criterios*, *ibid.* 59 ss.
- A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, (Torino 2005).
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e Diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, (Torino 2013).